

SELBSTBESTIMMUNG DES PATIENTEN
UND ÄRZTLICHE AUFKLÄRUNGSPFLICHT
IM DEUTSCHEN UND
FRANZÖSISCHEN ZIVILRECHT

EINE RECHTSVERGLEICHENDE GEGENÜBERSTELLUNG UNTER
BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER RECHTSPRECHUNG

Gisela Mähler, geb. Grebe

1964



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548301_0052

SELBSTBESTIMMUNG DES PATIENTEN
UND ÄRZTLICHE AUFKLÄRUNGSPFLICHT
IM DEUTSCHEN UND
FRANZÖSISCHEN ZIVILRECHT
EINE RECHTSVERGLEICHENDE GEGENÜBERSTELLUNG UNTER
BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DER RECHTSPRECHUNG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Gisela Mähler, geb. Grebe

München 1964

Referent:

Professor Dr. M. FERID

Correferent:

Professor Dr. P. BOCKELMANN

Tag der mündlichen Prüfung: 28. 2. 1964



MEINEN ELTERN

VORWORT	7
I. WERBUNG DER KUNSTWERKE DER KUNST	8
A. Die Kunstwerke	8
B. Die Kunstwerke als Kunstwerke	9
C. Die Kunstwerke als Kunstwerke	10
D. Die Kunstwerke als Kunstwerke	11
E. Die Kunstwerke als Kunstwerke	12
F. Die Kunstwerke als Kunstwerke	13
G. Die Kunstwerke als Kunstwerke	14
H. Die Kunstwerke als Kunstwerke	15
I. Die Kunstwerke als Kunstwerke	16
J. Die Kunstwerke als Kunstwerke	17
K. Die Kunstwerke als Kunstwerke	18
L. Die Kunstwerke als Kunstwerke	19
M. Die Kunstwerke als Kunstwerke	20
N. Die Kunstwerke als Kunstwerke	21
O. Die Kunstwerke als Kunstwerke	22
P. Die Kunstwerke als Kunstwerke	23
Q. Die Kunstwerke als Kunstwerke	24
R. Die Kunstwerke als Kunstwerke	25
S. Die Kunstwerke als Kunstwerke	26
T. Die Kunstwerke als Kunstwerke	27
U. Die Kunstwerke als Kunstwerke	28
V. Die Kunstwerke als Kunstwerke	29
W. Die Kunstwerke als Kunstwerke	30
X. Die Kunstwerke als Kunstwerke	31
Y. Die Kunstwerke als Kunstwerke	32
Z. Die Kunstwerke als Kunstwerke	33
AA. Die Kunstwerke als Kunstwerke	34
AB. Die Kunstwerke als Kunstwerke	35
AC. Die Kunstwerke als Kunstwerke	36
AD. Die Kunstwerke als Kunstwerke	37
AE. Die Kunstwerke als Kunstwerke	38
AF. Die Kunstwerke als Kunstwerke	39
AG. Die Kunstwerke als Kunstwerke	40
AH. Die Kunstwerke als Kunstwerke	41
AI. Die Kunstwerke als Kunstwerke	42
AJ. Die Kunstwerke als Kunstwerke	43
AK. Die Kunstwerke als Kunstwerke	44
AL. Die Kunstwerke als Kunstwerke	45
AM. Die Kunstwerke als Kunstwerke	46
AN. Die Kunstwerke als Kunstwerke	47
AO. Die Kunstwerke als Kunstwerke	48
AP. Die Kunstwerke als Kunstwerke	49
AQ. Die Kunstwerke als Kunstwerke	50
AR. Die Kunstwerke als Kunstwerke	51
AS. Die Kunstwerke als Kunstwerke	52
AT. Die Kunstwerke als Kunstwerke	53
AU. Die Kunstwerke als Kunstwerke	54
AV. Die Kunstwerke als Kunstwerke	55
AW. Die Kunstwerke als Kunstwerke	56
AX. Die Kunstwerke als Kunstwerke	57
AY. Die Kunstwerke als Kunstwerke	58
AZ. Die Kunstwerke als Kunstwerke	59
BA. Die Kunstwerke als Kunstwerke	60
BB. Die Kunstwerke als Kunstwerke	61
BC. Die Kunstwerke als Kunstwerke	62
BD. Die Kunstwerke als Kunstwerke	63
BE. Die Kunstwerke als Kunstwerke	64
BF. Die Kunstwerke als Kunstwerke	65
BG. Die Kunstwerke als Kunstwerke	66
BH. Die Kunstwerke als Kunstwerke	67
BI. Die Kunstwerke als Kunstwerke	68
BJ. Die Kunstwerke als Kunstwerke	69
BK. Die Kunstwerke als Kunstwerke	70
BL. Die Kunstwerke als Kunstwerke	71
BM. Die Kunstwerke als Kunstwerke	72
BN. Die Kunstwerke als Kunstwerke	73
BO. Die Kunstwerke als Kunstwerke	74
BP. Die Kunstwerke als Kunstwerke	75
BQ. Die Kunstwerke als Kunstwerke	76
BR. Die Kunstwerke als Kunstwerke	77
BS. Die Kunstwerke als Kunstwerke	78
BT. Die Kunstwerke als Kunstwerke	79
BU. Die Kunstwerke als Kunstwerke	80
BV. Die Kunstwerke als Kunstwerke	81
BW. Die Kunstwerke als Kunstwerke	82
BX. Die Kunstwerke als Kunstwerke	83
BY. Die Kunstwerke als Kunstwerke	84
BZ. Die Kunstwerke als Kunstwerke	85
CA. Die Kunstwerke als Kunstwerke	86
CB. Die Kunstwerke als Kunstwerke	87
CC. Die Kunstwerke als Kunstwerke	88
CD. Die Kunstwerke als Kunstwerke	89
CE. Die Kunstwerke als Kunstwerke	90
CF. Die Kunstwerke als Kunstwerke	91
CG. Die Kunstwerke als Kunstwerke	92
CH. Die Kunstwerke als Kunstwerke	93
CI. Die Kunstwerke als Kunstwerke	94
CJ. Die Kunstwerke als Kunstwerke	95
CK. Die Kunstwerke als Kunstwerke	96
CL. Die Kunstwerke als Kunstwerke	97
CM. Die Kunstwerke als Kunstwerke	98
CN. Die Kunstwerke als Kunstwerke	99
CO. Die Kunstwerke als Kunstwerke	100

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. M. FERID,
möchte ich für die Anregung zu dieser Arbeit sowie die
zahlreichen Hinweise und Gespräche an dieser Stelle noch-
mals herzlich danken.

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Einführung	1
1. Kapitel: <u>Die Selbstbestimmung des Patienten</u>	4
A. Die Grundlagen	4
B. Der mögliche Inhalt der Selbstbestimmung im Arzt-Patient-Verhältnis	5
I. Das Ablehnungsrecht oder Selbstbestimmungsrecht im eigentlichen Sinne	6
II. Die Privatautonomie als positive Selbstbestimmung	6
C. Die Grenzen der Selbstbestimmung	7
I. Grenzen des Ablehnungsrechts	7
1. Einschränkungen aufgrund von Gesetzen	7
2. Behandlungsrecht beim Selbstmörder?	8
3. Die Beachtlichkeit des Willens des Schwerkranken	9
II. Grenzen der Privatautonomie	11
1. Bei kosmetischen Eingriffen	12
2. Bei medizinischen Experimenten	13
III. Zusammenfassung	14
D. Die Ersatzbestimmung bei rechtlicher oder tatsächlicher Verhinderung des Patienten	15
I. Geschäftsunfähigkeit - incapacité de droit	15
1. Die Regelung bei Minderjährigen	15
2. Die Ersatzbestimmung bei Geistesgestörten	18
II. Tatsächliche Entscheidungsunfähigkeit - incapacité de fait	18
III. Eilfälle	20
2. Kapitel: <u>Die grundsätzliche Forderung nach Aufklärung des Patienten in der deutschen und französischen Rechtsprechung</u>	23
Teil 1 Aufklärung und Ablehnungsrecht	23

A. Der rechtliche Ansatzpunkt: Die Einwilligung des Patienten	23
I. Dogmatische Einordnung des beachtlichen Patientenwillens	23
II. Der maßgebliche Wille und seine Ermittlung	27
1. Allgemeine Auslegung	27
2. Die Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung	29
B. Umfang und Inhalt der Aufklärung als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung	31
I. Geschichtliche Entwicklung	31
II. Die heutige Rechtsprechung	36
1. Die Unterrichtung über die Maßnahme als solche	37
2. Die Aufklärung über die Zweckmäßigkeit der Behandlung	38
3. Die Aufklärung über ungünstige Folgen der Behandlung	38
4. Die Aufklärung über den Befund	44
5. Die Aufklärung über verschiedene Behandlungsmethoden	46
6. Der Einfluß der Persönlichkeit des Patienten auf den Inhalt der Aufklärung	47
III. Zusammenfassung	47
Teil 2 Aufklärung und positive Selbstbestimmung des Patienten	48
Anhang Aufklärung unabhängig von einer Behandlung	51
3. Kapitel: <u>Aufklärung und Heilauftrag</u>	52
A. Die Ärzteschaft als Gegenpol der Juristen in der Diskussion um die Aufklärung des Patienten	52
I. Die Argumentation der Ärzte	52
II. Der Einfluß der ärztlichen Auffassungen auf die Entscheidung der Streitfragen	54
B. Die Berücksichtigung der medizinischen Bedenken in der Rechtsprechung und juristischen Literatur	57

I.	Die Rechtsprechung	57
II.	Stellungnahmen in der Literatur	59
C.	Auswertung und Lösungsmöglichkeiten	62
I.	Die möglichen Kollisionsfälle	62
II.	Die Möglichkeit der Lösung des Problems aus dem Arztvertrag	64
1.	Allgemeines	64
2.	Die Rechtsnatur des Arztvertrages	66
3.	Der Inhalt des Arztvertrages	66
4.	Der Verzicht auf die Selbstbestimmung	69
5.	Die Erteilung eines beschränkten Heilauftrages	71
6.	Die Ermittlung der Entscheidung des Patienten bei nicht ausdrücklich vorhergegangener Wertung	75
III.	Zusammenfassung	78
4.	Kapitel: <u>Die Haftungsvoraussetzungen</u>	80
A.	Allgemeines	80
B.	Der Begriff des ersatzfähigen Schadens	81
C.	Schuldhaftes Vertragsverletzung oder Erfüllung eines Deliktstatbestandes	83
D.	Die Kausalität zwischen Verletzung und Schaden	84
E.	Der Umfang des zu ersetzenden Schadens	87
I.	Die Schadenszurechnung	87
II.	Die Schadensberechnung	87
1.	Die Berücksichtigung sogenannter hypothetischer Schadensursachen	88
2.	Schadenskompensation	89
F.	Die Beweislast	90
	Zusammenfassende Schlußbetrachtung	94

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis (Band und Seite)
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH St	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, Amtliche Sammlung (Band und Seite)
BGH Z	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Amtliche Sammlung (Band und Seite)
bzw.	beziehungsweise
Cass.	Cour de Cassation
Cass, civ.	Cour de Cassation, Chambre civile
Cass, crim.	Cour de Cassation, Chambre criminelle
Cass, req.	Cour de Cassation, Chambre requette
c. civ.	Code civil
c. pén.	Code pénal
D	Recueil Dalloz De Doctrine de Jurisprudence et de Législation (Jahrgang und Seite)
DB	Der Betrieb
D chron.	Dalloz, Section Chroniques
D crit.	Recueil Critique Dalloz
DH	Recueil Hebdomadaire Dalloz
d. h.	das heißt
DJ	Dalloz, Section Jurisprudence
DL	Dalloz, Section Législation
DP	Recueil Périodique et Critique Dalloz (Jahrgang, Section und Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahrgang und Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahrgang und Seite)
D somm.	Dalloz, Section Sommaires
Gaz. Pal.	Gazette du Palais (Jahrgang, Halbband und Seite)
Gaz. Pal. doct.	Gazette du Palais, Section Doctrine
GG	Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland
h. M.	herrschende Meinung

HRR	Höchststrichterliche Rechtsprechung
JCP	Juris-Classeur-Périodique (Jahrgang, Section und Nummer)
JR	Juristische Rundschau (Jahrgang und Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahrgang und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahrgang und Seite)
LM	Lindenmaier-Möhring Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahrgang und Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahrgang und Seite)
No.	Nummer
OHG	Oberstes Handelsgericht
OLG	Oberlandesgericht
Rev. gén.	Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'Etranger (Jahrgang und Seite)
Rev. trim.	Revue Trimestrielle de Droit Civil (Jahrgang und Seite)
RG St	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Amtliche Sammlung (Band und Seite)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Amtliche Sammlung (Band und Seite)
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite
S	Sirey, Recueil Général des Lois et des Arrêts (Jahrgang, Halbband und Seite)
sh.	siehe
StGB	Strafgesetzbuch
StGBE	Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung Bundesratsvorlage 1962
Trib. civ.	Tribunal Civil
u. a.	unter anderem
VersR	Versicherungsrecht (Jahrgang und Seite)
vgl.	vergleiche
vo.	vocabulaire
Warn. Rspr.	Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Jahrgang und Nummer)

z. B.

zum Beispiel

zit.

zitiert

Z StW

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
Band und Seite)

EINFÜHRUNG

Im Jahre 1954 formulierte der Bundesgerichtshof 1) im Rahmen einer arztrechtlichen Entscheidung folgende Leitsätze:

"Ein ärztlicher Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Patienten ist nur insoweit vertragsmäßig und nicht rechtswidrig, als die Einwilligung des Patienten reicht. Der Arzt muß sich vor jedem Eingriff der klaren, auf zutreffenden Vorstellungen über die Art und Folgen des Eingriffs beruhenden **Einwilligung des Patienten versichern**.

Eine wirksame Einwilligung des Patienten setzt voraus, daß dieser das Wesen, die Bedeutung und die Tragweite des ärztlichen Eingriffs in den Grundzügen erkannt hat. ... Soweit die mit der Einholung der Einwilligung verbundene Aufklärung - auch über mögliche schädliche Folgen der Therapie - die Stimmung oder sogar das Allgemeinbefinden herabdrückt, handelt es sich um unvermeidbare Nachteile, die in Kauf genommen werden müssen ...".

Diese BGH-Entscheidung hat die nie ganz verstummte Diskussion um die Frage der ärztlichen "Aufklärungspflicht" in ungewöhnlichem Maße belebt und das Interesse einer breiten Öffentlichkeit auf diese im medizinisch-juristischen Grenzbereich sich erhebenden Fragen gelenkt.

Dabei stehen sich folgende Gedankengänge gegenüber:

Von juristischer Seite wird die grundsätzliche Beachtung eines Rechtes auf Selbstbestimmung auch des Patienten im ärztlichen Behandlungsverhältnis, also dessen eigene Entscheidungsbefugnis im einzelnen Eingriffsfall, gefordert. Eine echte Entscheidung - und nur eine solche kann wahrer Ausdruck der Selbstbestimmung sein - soll die Kenntnis aller für oder gegen eine bestimmte Behandlung sprechenden Gesichtspunkte, der Eingriffsrisiken und -chancen voraussetzen.

Nur wer weiß, daß mit der Therapie bestimmte Gefahren verbunden sein können, ist in der Lage zu entscheiden, ob er sich ihr trotzdem im Hinblick auf die dagegenstehenden Heilungschancen unterwerfen will oder nicht.

Da der Patient als medizinischer Laie diese vorausgesetzte Übersicht in aller Regel nicht hat, ergibt sich das Erfordernis, ihm die entscheidungswichtige Kenntnis zu verschaffen - ihn "aufzuklären" -, in Konsequenz des aufgezeigten Ansatzpunktes mit logischer Notwendigkeit.

Gegenüber diesem umfassenden Aufklärungsverlangen machen die Ärzte geltend, es sei vom medizinischen Standpunkt aus unmöglich, dem Patienten ein genaues Bild über seine Lage zu verschaffen, ohne ihn sowohl verstandesmäßig zu überfor-

1) BGH NJW 1956, 1106

dern als auch unnötig zu ängstigen und von der Genesung zu entfernen. Die von den Juristen geforderte "echte" Entscheidung könne, da sie - wenn überhaupt - nur mit einer Beeinträchtigung des Heilerfolges zu erkaufen sei, nicht herbeigeführt werden. Denn oberstes Gebot ärztlichen Tätigseins sei die Förderung der Gesundheit des Patienten, nicht Aufklärung, sondern Heilung sei eigentlicher Auftrag und Berufung des Arztes.

Die allgemeine Bedeutung des Problems hat zu seiner umfassenden Behandlung in der juristischen und medizinischen Fachliteratur geführt. Der Rechtsprechung ist es bisher nicht vollends gelungen, das eigentliche juristische Problem des Fragenkomplexes mit Hilfe einer klaren dogmatischen Einordnung abzugrenzen und damit einer Lösung zuzuführen.

Es ist aber das Verdienst insbesondere der in neuester Zeit erschienenen Arbeiten von ZIEGLER 1) und GEILEN 2), die wesentlichen Gesichtspunkte geordnet herausgestellt und durchdachte Lösungen vorgeschlagen zu haben.

Mit beiden Autoren ist gleich zu Anfang auf die mangelnde Differenzierung in der Betrachtung des Problems "der" Aufklärungspflicht hinzuweisen. Die Diskussion um die vom BGH in der einleitend zitierten Entscheidung aus dem Recht auf körperliche Integrität abgeleitete Notwendigkeit zur Aufklärung als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung wird mit den Fragen um die Verpflichtung zu einer Aufklärung unabhängig von der Einwilligung des Patienten in unzulässiger und verwirrender Weise verquickt.

Die vorliegende Arbeit soll die Reihe der zum Thema gemachten Lösungsversuche nicht schlechthin vermehren, sondern will sich des Problems auf einem neuen Wege - dem der Rechtsvergleichung - annehmen. Der "Blick über den Zaun" erscheint bei dem sich nicht speziell aus territorial geltungsbeschränkten Gesetzen ergebenden, sondern in allgemeingültigen übergesetzlichen Normen und der sozialen Struktur einer Gemeinschaft beruhenden Konflikt besonders sinnvoll und erfolgversprechend.

Für den deutschen Juristen bietet sich in diesem Zusammenhang ein Vergleich mit der französischen Rechtsordnung an, die der Stellung des Einzelnen in der Gesellschaft stets besondere Beachtung geschenkt und die individuelle Entscheidungsfreiheit immer gefördert hat. Das Selbstbestimmungsrecht gehört in Frankreich zu "les droits les plus sacrés" 3); die ihm entspringende Problematik ist dementsprechend früh ins Auge gefaßt und ausführlich behandelt worden.

1) Arthur Ziegler, Dissertation, München 1962

2) Gerd Geilen, "Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht", Bonn 1963

3) vgl. bei Kleinewefers, VersR 1962, 197

Die Untersuchung konzentriert sich bewußt auf das Zivilrecht, um den bisher zumindest in Deutschland vorwiegend aus strafrechtlicher Sicht aufgezeigten Problemen die zusätzlichen Aspekte eines anderen Rechtsgebietes zu eröffnen, für das die Fragen der Selbstbestimmung des Patienten und seiner Forderung nach Aufklärung ebenfalls größte Bedeutung haben.

Der Vergleich ist grundsätzlich auf die juristischen Fragen beschränkt. Er kann die philosophischen Grundlagen höchstens andeutungsweise berücksichtigen, soweit dies für Abgrenzung und Verständnis des juristischen Problems unumgänglich erscheint.

1. KAPITEL:

DIE SELBSTBESTIMMUNG DES PATIENTEN

A. DIE GRUNDLAGEN

Die Forderung nach Aufklärung beruht auf der vorausgesetzten Befugnis des Patienten zur eigenen freien Entscheidung, zur Selbstbestimmung.

Den westlichen Rechtsordnungen liegt heute das Bild eines freien, entscheidungsfähigen und auch entscheidungswilligen Menschen zugrunde.

Die Forderung nach persönlicher Freiheit taucht zunächst als politischer Aspekt und erstmals im England des ausgehenden 17. Jahrhunderts 1), mit besonderer Intensität aber in den Postulationen der französischen Revolutionsbewegungen auf. Freiheit bedeutete vor allem die Unabhängigkeit von Vorschriften anderer im öffentlichen Leben. Erst in der Folgezeit übertrug sich die Freiheitsforderung mit dem Erstarken des Individualismus auf die Geistes- und damit auch auf die Rechtswelt 2).

Der sittliche Aspekt der Verwirklichung der Menschenwürde durch Eigenverantwortlichkeit und Autonomie forderte auch für das Rechtsleben die Abgrenzung einer ganz persönlichen Sphäre des Einzelnen und ihre Sicherung gegen mögliche Machtübergriffe anderer 3).

Gegen diese Einstufung des Menschen als einer Persönlichkeit mit dem Willen und der Fähigkeit zur Selbstbestimmung werden vielfältige Argumente vorgetragen.

In der Tat belehrt ein Rückblick in die Geschichte des noch in das vorige Jahrhundert hineinwirkenden aufgeklärten Polizeistaates, daß diese Konzeption des Menschen keineswegs selbstverständlich ist, sondern man gerade umgekehrt den Bürger notfalls noch zu seinem Glück (oder wenigstens zu seinem vermeintlichen Besten) zwingen zu müssen glaubte 4).

Wie Radbruch 5) zweifeln viele den "fiktiven vermeintlich empirischen Durchschnittstyp des liberalen Zeitalters" an. Der Durchschnittsmensch sei keineswegs immer in der Lage, sein Interesse überhaupt zu erkennen oder auch zu verfolgen. Das nur auf den klugen, freien und interessierten Menschen zugeschnittene Recht müsse für den andersgearteten zum Verderben werden. Man will daher wieder eine

1) "Habeas-Corpus-Akte" von 1679

2) vgl. Radbruch, S. 12

3) vgl. Coing, S. 131

4) vgl. Art. 200 Preußisches StGB, näheres bei Geilen, S. 60

5) Radbruch, S. 14

Rechtsschutz der Rechtsgenossen "gegen sich selbst" eingreifen lassen 1), der im Arbeitsrecht bedeutungsvolle Fürsorgedanke wird auch für das Arztrecht als entscheidend angesehen 2).

Ob und inwieweit diese Bedenken zutreffen, soll im dritten Kapitel näher behandelt werden. Auszugehen ist jedenfalls zunächst davon, daß in den zu vergleichenden Rechtsordnungen dem Menschen und vor allem auch dem Patienten ein Recht auf eigene Entscheidung grundsätzlich zuerkannt wird 3).

So garantiert Artikel 2 des Bonner Grundgesetzes:

"Jeder Mensch hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich."

In der Präambel der Französischen Verfassung heißt es:

"Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la déclaration de 1789, confirmée et complétée par la préambule de la constitution de 1946." 4)

Und die Déclaration de l'Homme et du Citoyen lautet in

Art 1: "Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits, les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune."

Art 2: "Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression." 5)

B. DER MÖGLICHE INHALT DER SELBSTBESTIMMUNG IM ARZT-PATIENT-VERHÄLTNIS

Die beachtliche Entscheidung des Patienten kann positiv oder negativ sein, der aus ihrer Mißachtung sich ergebende rechtliche Konflikt ist daher in doppeltem Sinne möglich.

1) Radbruch S. 16

2) vgl. hierzu vor allem Steindorff, Therapiewoche S. 2, 3

3) zum ganzen auch Endemann S. 94

4) Verfassung vom 5.10.1958

5) abgedruckt bei Tripier, S. 8 ff

Der Inhalt der Deklaration von 1789 ist positives Recht, vgl. Duguit Bd. III, S. 563/64

I. Das Ablehnungsrecht oder Selbstbestimmungsrecht im eigentlichen Sinne

Der Patient kann eine Behandlung oder einen bestimmten Eingriff durch den Arzt nicht wollen. Der Arzt kann bei dieser ablehnenden Haltung nicht eingreifen, ohne das Recht des Patienten auf Abwehr eines Eingriffs in seine körperliche Integrität zu verletzen. Dieses Ablehnungsrecht ist das Selbstbestimmungsrecht im eigentlichen Sinne, wie es vom BGH 1) aus Artikel 2 GG abgeleitet wurde.

Es war aber auch vor der ausdrücklichen verfassungsmäßigen Garantie der Unverletzlichkeit des Körpers in Deutschland - ebenso wie in Frankreich - bereits von der Rechtsprechung beachtet und konkretisiert worden.

Allein hier, bei der negativen Entscheidung, besteht ein echtes, den anderen unmittelbar zwingendes Recht auf Selbstbestimmung.

II. Die Privatautonomie als positive Selbstbestimmung

Und dennoch ist die Betrachtung der Freiheit des Patienten gegenüber seinem Arzt nur unter dem Gesichtspunkt der negativen Entscheidungsmöglichkeit zu eng. Sie verleitet zu einer einseitigen, eine zutreffende Gesamtschau verhindernden Betrachtungsweise.

Ebensogut wie der Arzt die Rechte des Patienten durch Mißachtung seiner ablehnenden Entscheidung verletzen kann, kann er dies unter Umständen durch Außernachtlassung einer positiven Entscheidung - durch Verletzung des Heilauftrages.

Bei der Möglichkeit zur "positiven Selbstbestimmung" des Patienten handelt es sich jedoch nicht um ein der Befugnis zur Abwehr entsprechendes Recht auf Eingriff. Der Entscheidungsfreiheit des Patienten steht hier die des Arztes gegenüber, der in der Regel nicht zu einer Behandlung gezwungen werden kann.

Die positive Selbstbestimmungsbefugnis des Kranken konkretisiert sich vielmehr lediglich in der Möglichkeit, einen Rechtsgrund für ihre Beachtlichkeit zu schaffen, einen Vertrag mit dem Arzt abzuschließen, also in der Privatautonomie.

Auch dieser dem deutschen und französischen Recht immanente Grundsatz entspringt

1) BGH St 11, 111

für das französische Recht vgl. u. a. Perrot JCP 1951, II, 6421

aus der allumfassenden Freiheitszusicherung 1), die die Grundlage aller folgenden Erörterungen ist.

Bei näherer Untersuchung wird deutlich werden, wie eng die Verknüpfung bei der Seiten möglicher Willensäußerung des Patienten im Hinblick auf die Frage des Bestehens und des Umfanges einer Aufklärungspflicht und wie notwendig die Beachtung dieser Verbindung ist, um zu einer wirklichen Klärung zu gelangen und Zirkelschlüsse zu vermeiden.

C. DIE GRENZEN DER SELBSTBESTIMMUNG

I. Grenzen des Ablehnungsrechts

Die grundsätzliche Anerkennung eines Selbstbestimmungsrechts bedeutet nun aber nicht eine unumschränkte Herrschaft des Willens des Patienten.

Im deutschen und auch im französischen Recht wird die Beachtlichkeit des Willens des Kranken insbesondere im Hinblick auf die Allgemeinheit eingeschränkt.

"Le rôle social de l'homme limite sa liberté" 2).

1. Einschränkungen aufgrund von Gesetzen

In Deutschland hatte schon das Reichsgericht 3) eine Einschränkung der persönlichen Freiheit aufgrund "eines überragenden öffentlichen Belanges" für gerechtfertigt angesehen. Nach Artikel 2 III des Grundgesetzes ist diese Einschränkung nur durch Gesetz möglich. Im französischen Recht finden wir zwar keine entsprechende Vorschrift, nach allgemeiner Ansicht kann die Selbstbestimmungsbefugnis aufgrund der Sozialgebundenheit des Einzelnen dennoch, aber ebenfalls nur durch Gesetz beschränkt werden 4).

Hierher gehören zunächst die Fälle versorgungsrechtlicher Zwangshei-

1) vgl. insbesondere Larenz Bd. I, § 5, IV, der auch die Vertragsfreiheit als durch die allgemeine Freiheitsgarantie des Art. 2 GG umfaßt ansieht; vgl. dazu auch Maunz-Dürig Art. 2 I No. 53 ff. Für das französische Recht sh. z. B. Grenoble Gaz. Pal. 1949 I 216, das ebenfalls als Grundlage der Selbstbestimmung die "liberté humaine" als ganze sieht.

2) Savatier, *Métamorphoses* I No. 35. Er meint, wenn auch dem Individuum im Gegensatz zum Mittelalter heute ein bedeutend stärkeres Gewicht eingeräumt worden sei, so dürfe das doch nicht dazu führen, die auch jetzt noch bestehende Sozialgebundenheit des Menschen zu übersehen.

3) RGZ 151, 352/53

4) Savatier, a. a. O.

lungen zum Beispiel nach §§ 184, 606 RVO, im französischen Recht nach Artikel 24 des Gesetzes vom 30. 10. 1946 über Arbeitsunfälle. Im deutschen Recht liegt noch vergleichbar der Fall des § 17 Soldatengesetz, wonach der Soldat zumutbare Eingriffe zu dulden hat, wenn er nicht alle Versorgungsansprüche verlieren will. Der Verlust der Versorgungsansprüche ist hier jedoch die einzige Folge einer Weigerung; ein unmittelbarer Eingriff in die Entscheidungsfreiheit des die Sanktion im Kauf Nehmenden ist nicht möglich. 1)

Unmittelbare Eingriffe enthalten demgegenüber insbesondere die Fälle des Impfzwanges 2) und die Behandlung und Zwangseinweisung Kranker und Süchtiger in geschlossene Anstalten 3), im französischen Recht vor allem auch die Heilbehandlung des Soldaten 4).

2. Behandlungsrecht beim Selbstmörder?

Die Frage, ob ein aus Überzeugung den Tod suchender Mensch, der noch bei Bewußtsein aufgefunden wird 5), gegen seinen Willen gerettet werden darf, trifft den Kernpunkt der allen Auseinandersetzungen zwischen Ärzten und Juristen zu-

1) vgl. zum deutschen Recht Maunz-Dürig, Art. 2 No. 38 ff., zum französischen Recht Debois, DP 1936 II 9 und Savatier, *Traité* No. 281.

2) vgl. das deutsche Impfgesetz von 1874 (Kinderschutzimpfungen); § 15 ff des Bundesseuchengesetzes v. 18. 7. 61 (Pocken, Cholera, Typhus, Diphtherie); Zum französischen Recht sh. Art. L. 5 ff des Code de la santé publique, Décret vom 5. 10. 1953 (Schutzimpfung gegen Pocken, Diphtherie, Tetanus, Typhus); Art. L. 215 ff Décret v. 5. 10. 1953 (Tuberkulose)

3) vgl. zum deutschen Recht die Unterbringungsgesetze der Länder; z. B. für Bayern das Gesetz über die Verwahrung geisteskranker, alkohol- und rauschgift-süchtiger Personen v. 30. 4. 52; näher dazu Francke, NJW 63, 376; sh. darüber hinaus § 34 ff Bundesseuchen-Gesetz v. 18. 7. 61 und § 3 ff, 17 ff des Gesetzes zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten vom 23. 7. 53. Zum französischen Recht sh. Art. L. 326 ff, insbesondere 343 ff des Décrets vom 5. 10. 1953 (Behandlung und Unterbringung Geisteskranker); Art. L. 355-1 des Décrets vom 5. 10. 53 (Behandlung und Unterbringung Alkoholsüchtiger); Hinsichtlich Zwangseingriffen bei ansteckenden Krankheiten sh. Art. L. 226 ff des Décrets v. 5. 10. 53 (Tuberkulose) und Art. L. 254 ff des Décrets v. 5. 10. 53 (Geschlechtskrankheiten)

4) vgl. hierzu im Ganzen Debois a. a. O., auch Kornprobst S. 262 ff. und Garraud S. 193; Savatier, *Traité* No. 281

5) Der Fall des unzurechnungsfähigen oder bewußtlos aufgefundenen Selbstmörders wird unter D II und III behandelt.

grundlegenden Problematik, nämlich die Frage nach der "Rangordnung" von Leben und Freiheit.

Weder das deutsche noch das französische Recht geben hier eindeutig Auskunft. Es ist nicht ausdrücklich erlaubt, aber auch nicht verboten, sich das Leben zu nehmen 1). Der BGH 2) hat jedoch auch den Selbstmord als Unglücksfall im Sinne des § 330 c StGB qualifiziert und damit eine Hilfspflicht angenommen, die das Recht zum Eingreifen mit umfaßt 3).

Auch nach der französischen Rechtsprechung und Literatur hat der Selbstmordkandidat rettende Eingriffe zu dulden 4). Dies Ergebnis wird im Gegensatz zum deutschen Recht ohne konstruktive Begründung 5) wie selbstverständlich aus einer offenbar generellen Höherbewertung des Lebens vor der persönlichen Freiheit gefunden, wie sie vor allem bei der Beurteilung eines Behandlungsrechtes beim Schwerkranken deutlich wird 6).

3. Die Beachtlichkeit des Willens des Schwerkranken

Im Vorhergehenden war nur vom aktiven, die an sich vorhandene Lebensfähigkeit zerstörenden selbstmörderischen Eingriff die Rede. Wie aber ist der Fall zu beurteilen, daß ein Schwerkranker alle ärztliche Hilfe zurückweist? Denkbar ist dieser Fall zum Beispiel bei einem Patienten, der der Sekte der "Zeugen Jehova" angehört, die das Blut als besonders heilig ansehen und auch lebensnotwendige Bluttransfusionen verbieten.

Das deutsche Recht steht wohl eindeutig auf dem Standpunkt, daß auch der Schwerkranke ein Recht auf Selbstbestimmung hat und eine Behandlung gegen seinen Willen nicht möglich ist.

Das Reichsgericht 7) hat erstmalig anlässlich eines Zwangseingriffs in einer an sich nicht lebensbedrohlichen Situation (Einspritzung von Kampfer in den Arm gegen den Willen der Patientin, woraufhin der Arm abstarb und amputiert werden mußte)

1) vgl. für das französische Recht u. a. Hélie, Bd. II No. 372

2) BGH St 6, 147, vgl. aber die sehr bestrittene Frage insbesondere bei Engisch, Heidelberger Jahrbücher 1960, 48 ff.

3) Auf die bei Maunz-Dürig Art. 2 No. 12 und auch bei Kleinewefers, VersR 1962, 198 geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken kann im Rahmen dieser rechtsvergleichenden zivilrechtlichen Arbeit nicht eingegangen werden.

4) Savatier, Métamorphoses III No. 393 und in JCP 1959 II 11142 sowie D 1952 J 53

5) Debois DP 1936 II 9 meint, der Selbstmörder sei generell nicht zurechnungsfähig. Das ist sicher nicht richtig und - soweit ersichtlich - auch sonst nicht zur Rechtfertigung des Behandlungsrechtes angeführt worden.

6) Sh. dazu unten Seite 11

7) RGZ 151, 349

generell ausgesprochen, daß eine Beachtlichkeit des Willens des Patienten selbst für den Fall anzunehmen ist, daß der Eingriff nicht ohne unmittelbare Gefahr für das Leben des Kranken aufgeschoben werden kann. Voraussetzung ist allerdings, daß es sich um eine ernstgemeinte Weigerung und nicht nur um ängstliches Sträuben handelt.

Diesen Grundsätzen, die vor allem in RG 163, 129 bestätigt wurden, schloß sich der BGH erstmals in dem sogenannten Myom-Urteil vom 28. 11. 1957 an 1). Die Patientin war mit einer Ausräumung der Gebärmutter, die mit einer doppeltfaustgroßen Geschwulst (Myom) verwachsen war, nicht einverstanden. Der BGH stellte fest, daß das Recht auf körperliche Unversehrtheit auch bei einem Menschen berücksichtigt werden müsse, "der es ablehnt, seine körperliche Unversehrtheit selbst dann preiszugeben, wenn er damit von einem lebensgefährlichen Leiden befreit wird".

Dieser Einstellung der deutschen Rechtsprechung, der die - außerärztliche - Literatur weitgehend zustimmt 2), liegt der Gedanke zugrunde, daß sich keiner zum Richter in der Frage aufwerfen soll, unter welchen Umständen ein anderer seine körperliche Unversehrtheit opfern muß, und wann er es vorziehen darf zu sterben. Die Freiheit des Einzelnen in der Entscheidung umfaßt also auch den Tod, wenn er auf natürliche Weise eintritt.

Im französischen Recht ist diese Frage weder so ausdrücklich behandelt noch einheitlich entschieden. Immer wieder tauchen Formulierungen auf, die die Entbehrlichkeit einer Entscheidung des Kranken auf die Fälle beschränken, in denen er aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen entscheidungsunfähig ist 3).

SAVATIER 4) aber berichtet, daß die Ärzte auf die These von der Selbstbestimmung des Patienten häufig Fälle anführten, in denen sie sich weigernde Patienten gegen ihren Willen behandelt und geheilt hätten. Für diese Fälle, meint SAVATIER, seien aber die Einwilligungsregeln auch gar nicht gedacht; es handle sich vielmehr um auch vom Recht anerkannte Ausnahmefälle, nämlich solche des "état de nécessité", des Notstandes 5).

Auch RABUT 6) gesteht dem Arzt für diese Fälle wie selbstverständlich ein Behandlungsrecht zu, wenn er schreibt:

1) BGH St 11, 111

2) vgl. Weitenauer S. 2 und Kleinewefers, VersR 1962, 198

3) z. B. Cass. civ. JCP 1951 II 6421; Trib. civ. de la Seine DP 1936 II 9

4) Métamorphoses III No. 393 mit weiteren Literaturhinweisen

5) vgl. auch Debois DP 1936 II 9

6) Rabut S 1946 II 121

"l'obligation d'obtenir le consentement du malade cède en effet, devant la force majeure, elle disparaît lorsqu'elle ne peut être exécutée sans danger grave pour le patient. "

In den Fällen ernsthafter Gefahr für Gesundheit und Leben wird also das Selbstbestimmungsrecht vielfach ausgeschaltet und der Eingriff durch Notstandsgesichtspunkte gerechtfertigt 1).

Bei der hier zugrundeliegenden Güterabwägung wird im französischen Recht eben nicht - wie im deutschen - die Freiheit des Menschen höher veranschlagt als sein Leben. Im entscheidenden Unterschied zum deutschen Recht soll das Selbstbestimmungsrecht offensichtlich nur im Rahmen des Lebens, nicht auch über Leben und Tod bestehen. Das französische Recht kommt damit zu einer der rechtlichen Bewertung des Selbstmörderwillens entsprechenden Betrachtungsweise. SAVA-TIER 2) weist ausdrücklich auf diese Parallele hin:

"où s'arrête exactement cet exemple?" fragt er, "Le malade qui refuse les soins ou les interventions sans danger, absolument nécessaires à son salut, ne tend-il pas à un suicide, et a-t-il le droit d'échapper à une tutelle protectrice?"

Nach deutscher Auffassung besteht zwar kein Recht, das Leben zu vernichten, wohl aber auch keine Pflicht des Kranken selbst, es zu erhalten 3). Demgegenüber läßt sich aus der französischen Lehre (die Rechtsprechung hat sich noch nicht ausdrücklich geäußert) entnehmen, daß auch eine Verpflichtung des Kranken zur Erhaltung des Lebens mindestens in Gestalt einer Duldungspflicht gegenüber rettenden Eingriffen vorausgesetzt wird. Während im deutschen Recht ein Eingriff gegen den Willen des Kranken nur in Selbstmordfällen möglich ist, ist im französischen Recht die Befugnis des Patienten zur Selbstbestimmung in allen lebensbedrohlichen Situationen eingeschränkt 4).

II. Grenzen der Privatautonomie

Wenn es so einerseits nicht stets auf den Willen des Patienten ankommt, so kann dieser andererseits auch nicht jede Behandlung rechtfertigen. Erlaubbar sind sowohl im deutschen als auch im französischen Recht ohne weiteres

1) vgl. zu diesem Problem auch Rouchy S. 26 ff. und Dalloz, Nouveau Répertoire III vo. médecine No. 200 ff.: "... dans certaines cas, le malade doit être traité malgré lui si sa résistance est injustifiée ..."

2) Métamorphoses Bd. III No. 393

3) vgl. Ziegler § 2 III 2

4) vgl. dazu im einzelnen unten S. 71, 72

alle medizinisch indizierten Eingriffe.

1. Hinsichtlich der Erlaubbarkeit kosmetischer Eingriffe bestehen demgegenüber wesentliche Unterschiede. In beiden Rechtsordnungen gilt der Satz, daß auch die Einwilligung des Patienten verbotene Eingriffe nicht rechtmäßig machen kann 1). Wann nun sind nicht indizierte Eingriffe erlaubt?

Im deutschen Recht haben wir nur zwei Rechtmäßigkeitsgrenzen: die guten Sitten und die Lebensgefährlichkeit eines Eingriffs 2). Weder lebensgefährliche noch sittenwidrige Behandlungen sind auch dann erlaubt, wenn eine medizinische Indikation nicht besteht.

Ganz anders im französischen Recht. Im Jahre 1913 entschied die Cour de Paris 3) einen der ersten Fälle aus dem Gebiet der Schönheitsmedizin:

Ein Mädchen mit Damenbart ließ sich mit Röntgenstrahlen behandeln, erlitt dabei Verbrennungen und verklagte den Arzt auf Schadensersatz.

Die Cour entschied, daß der Eingriff (unabhängig von einer etwa fehlenden Aufklärung) rechtswidrig sei, weil " ... les risques sont hors de proportion avec le but à atteindre ... ".

Im Jahre 1920 wurde diese Entscheidung von der Cour de Cassation bestätigt 4). Damit ist der Gesichtspunkt der "Disproportion" zwischen Eingriffszweck und Risiko zum festen Bestandteil der französischen Rechtsprechung geworden. Die gegen-
teilige Auffassung der Cour de Paris anläßlich einer Entscheidung aus dem Jahre 1931 5) konnte sich nicht durchsetzen 6). In neuester Zeit hat sich auch dieses Ge-
richt der Auffassung der Cour de Cassation angeschlossen 7):

Ein Mädchen mit einem Wundmal am Mund unterzog sich zu dessen Entfernung einer gefährlichen Operation, die mißlang.

1) vgl. für das französische Recht Savatier, Responsabilité Bd. I S. 239, 388; Mazeaud Bd. II No. 1492 f. und Lalou DP 1914 II 73; zum deutschen Recht RGSt 77, 20; RG DRiZ 1932, 444.

2) Argumentum aus §§ 226 a und 216 StGB

3) DP 1919 II 73 und Perreau S 1918/19 II 97

4) DP 1924 I 103; der gefährliche kosmetische Eingriff ist eine "cause illicite"; vgl. Art. 1336 c. civ.: "l'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet."

5) S 1931 II 129; es handelte sich um eine sehr gefährliche Operation zur Korrektur zu dicker Beine, die fehlschlug und zur Amputation zwang.

6) Im Sinne der Cour de Cassation entschied in der Folgezeit z. B. Lyon DH 1936, 127 bezüglich Röntgenbestrahlung behaarter Beine.

7) JCP 1959 II 11142 mit Anmerkung von Savatier

Die Cour entschied, daß es sich auch hier um ein "risque sans proportion avec les avantages escomptés" handele, die Einwilligung der Patientin den Eingriff daher habe nicht rechtfertigen können. In seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung begründet SAVATIER das Ergebnis mit der öffentlichen Aufgabe des Arztes, auf die Gesundheit des Patienten bedacht zu sein und ihn so - wenn auch gegen seinen Willen - vor zu großen und nicht durch einen Heilzweck gerechtfertigten Gefahren zu bewahren. 1)

Entscheidend für die Zulässigkeit eines Eingriffs ist also der "intérêt médical".

Ganz deutlich wird dies an einem besonders extremen Fall aus neuester Zeit 2):

Eine Zahnärztin hatte, als sich der Patient über Qualität und Preis der eingesetzten Jackettkronen beklagte und den geforderten Betrag nicht zahlen wollte, alle Zähne wieder herausgerissen.

Auch hier kommt es auf die im konkreten Fall zweifelhafte Einwilligung des Patienten nicht an, da sie nicht auf ein "intérêt légitime" gerichtet war und daher keine rechtfertigende Kraft haben konnte 3).

Auf dem Gebiet der kosmetischen Chirurgie finden wir also in Frankreich eine weitgehende Einschränkung der Selbstbestimmungsmöglichkeit, die den Eindruck von der Tendenz des französischen Rechts, Gesundheit und Leben letztlich höher zu bewerten als die persönliche Freiheit, noch verstärkt.

2. Bei medizinischen Experimenten ist zu unterscheiden ob es sich um einen für die Gesundheit des Patienten notwendigen oder wenigstens nützlichen Versuch handelt oder ob nur wissenschaftliche Zwecke verfolgt werden. Im ersten Fall halten sowohl das deutsche als auch das französische Recht die Anwendung neuer Methoden für zulässig 4), doch unterliegt der Eingriff, wie später noch zu zeigen sein wird, einer besonderen Aufklärungspflicht.

Auch rein wissenschaftlich orientierte Versuche sind nach deutschem Recht nicht generell verboten, sondern in den Grenzen der §§ 138 BGB und 226 a StGB erlaubt. Gefordert wird nur die wissenschaftliche Notwendigkeit und eine Unwahrscheinlichkeit dauernden Schadens oder des Eintritts des Todes 5). Medizinische Experi-

1) Savatier a. a. O. Bei der Feststellung der Proportionalität des Risikos muß der Arzt alle Umstände des Falles, insbesondere Beruf und Familienverhältnisse berücksichtigen.

2) Cass. crim. JCP 1962 II 12777

3) vgl. Savatier a. a. O.

4) vgl. für das französische Recht Lalou DP 1914 II 73; für das deutsche Recht ergibt sich dies als selbstverständlich aus der Beurteilung rein wissenschaftlicher Experimente.

5) vgl. Heinitz JR 1951, 335; Gebauer S. 68

mente sind also nicht grundsätzlich sittenwidrig.

Entsprechend § 138 BGB bestimmen Artikel 1131 und 1133 c. civ., daß gegen die "bonnes moeurs" oder den "ordre public" verstoßende Rechtsgeschäfte unwirksam sind. Hierunter fallen - im Gegensatz zum deutschen Recht - nach früherer und bis heute aufrecht erhaltener Rechtsprechung 1) generell alle wissenschaftliche Experimente. So entschied zum Beispiel im Jahre 1913 die Cour de Lyon, es verstoße gegen die guten Sitten, wenn sich jemand zu einem Experiment zur Verfügung stelle, das eine These der Schönheitschirurgie bestätigen soll 2). Die Förderungswürdigkeit der Wissenschaft und der konkrete wissenschaftliche Zweck sollen im Einzelfall nur im Rahmen des Verschuldens, nicht aber im Rechtfertigungsreich berücksichtigt werden.

III. Zusammenfassung

Aus dem Dargestellten wird deutlich, daß die französische Rechtsordnung die grundsätzlich anerkannte und rechtlich fixierte, mit großer Intensität und Kontinuität verfochtene Entscheidungsfreiheit des Patienten im Ergebnis enger umreißt als das deutsche Recht. Zum einen kann das Selbstbestimmungsrecht beim Schwerkranken entfallen, zum anderen kann der Patient - auch in im Verhältnis zum deutschen Rechtsbereich engerer Umgrenzung seiner persönlichen Freiheit - nicht ausgesprochen der Heilung dienliche Eingriffe nicht rechtswirksam gestatten.

Geboren ist diese einschränkende Interpretation eben aus dem auch in der deutsche Literatur angedeuteten, aber von der Rechtsprechung verworfenen Gedanken des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit, einer "sauvegarde des Patienten auch gegen dessen "Unverstand". Die körperliche Integrität und ihre Erhaltung sind ein wesentlicher Bestandteil des "ordre public" 3).

So sagt SAVATIER, der entschiedenste Verfechter der Freiheit des Patienten, in gleichzeitiger Begrenzung dieser Forderung:

"En réalité la sauvegarde du corps humain est, pour le médecin, d'ordre public" und "La liberté du malade a pour première limite la sauvegarde du malade lui même contre les désires et les volontés qui mettraient son intégrité corporelle en danger." 4)

1) Bereits Lyon DP 1859 III 87; Gray DP 1874 V 436 und dann insbesondere Seine DP 1936 II 9 mit Anmerkung Debois; vgl. dazu auch Dalloz, Nouveau Répertoire III, vo. médecine § 3.

2) DP 1914 II 73 mit Anmerkung Lalou; im gleichen Sinne Aix DP 1907 II 41.

3) vgl. Malaurie No. 71 ff. und Schätz S. 87 mit weiteren Nachweisen

4) Savatier, Anmerkung zu Paris JCP 1959 II 11142

Zu den ärztlichen Pflichten kann es gehören, "gardien" und "tuteur protectrice" zu sein, selbst gegen den ausdrücklichen Willen des Patienten 1).

Es besteht also offenbar ein ganz grundlegender Unterschied im Ausgangspunkt, eine abweichende Wertung der beiden rivalisierenden Rechtsgüter Leben und Freiheit, deren Auswirkungen von weittragender Bedeutung sind 2).

D. DIE ERSATZBESTIMMUNG BEI RECHTLICHER ODER TATSÄCHLICHER VERHINDERUNG DES PATIENTEN

Die Notwendigkeit einer höchstpersönlichen Entscheidung des Kranken entfällt, wenn dieser aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht in der Lage ist, sein Selbstbestimmungsrecht wahrzunehmen. In diesen Fällen ist entweder eine Ersatzentscheidung maßgebend, oder aber es greifen ganz andere, nicht mehr unmittelbar vom Gedanken der Selbstbestimmung getragene Rechtsgrundsätze ein.

I. Geschäftsunfähigkeit - incapacité de droit

1. Die Regelung bei Minderjährigen

Im deutschen Recht ist nicht nur der Volljährige, sondern auch der Minderjährige in bestimmtem Rahmen entscheidungsfähig.

Während das Reichsgericht 3) noch die gegenteilige Ansicht vertrat, gesteht die heute herrschende Meinung dem Minderjährigen eigene Willensfähigkeit zu, wenn er "nach seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag" 4).

Bereits 1956 hatte das Oberlandesgericht München 5) ausgeführt, daß der aufgrund der Einwilligung eines Minderjährigen vorgenommene Eingriff rechtmäßig sei, da die Vorschriften der §§ 107 ff. BGB bei Verfügungen über Persönlichkeitsrechte keine Geltung beanspruchen könnten. Ähnlich lautet die Begründung zur vorzitierten BGH-Entscheidung: bei der Einwilligung handele es sich nicht um eine rechts-

1) Savatier, *Métamorphoses* III No. 393 und Anmerkung zu Paris a. a. O.

2) vgl. dazu unten S. 71 f., 73

3) RG JW 1911, 748; RGZ 68, 431; RGZ 168, 206; heute auch noch vertreten, vgl. z. B. Nipperdey § 151 II 1 e.

4) aus dem Leitsatz von BGHZ 29, 33 vom 5. 12. 1958; vgl. dazu auch Lehmann § 24 II 4; Die Vorschriften über Willenserklärungen sind im Sozialrecht nur entsprechend anwendbar, soweit sie zu gerechten Ergebnissen führen.

5) Entscheidung des OLG München vom 7. 12. 1956, NJW 1958 S. 633, in der der Fall eines Minderjährigen, der mit eigenem Einverständnis aber ohne Wissen

geschäftliche Willenserklärung sondern "um eine Gestattung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen, die in den Rechtskreis des Gestattenden eingreifen" 1).

Die Rechtswirksamkeit des ärztlichen Behandlungsvertrages bleibt jedoch - wie der BGH ausdrücklich betont - von der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abhängig. Es ist demnach zu unterscheiden:

Beim nicht einwilligungsfähigen Minderjährigen ist die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters einzuholen. Bei mißbräuchlicher Verweigerung kann der Arzt einen ganzen oder teilweisen Entzug der elterlichen Gewalt durch das Vormundschaftsgericht erwirken (§ 1666 BGB) 2).

Beim einwilligungsfähigen Minderjährigen entscheidet nach richtiger Ansicht allein dessen Wille 3).

Im französischen Recht wird die Frage der Entscheidungsfähigkeit des "mineur non émancipé" im Ergebnis ähnlich, doch systematisch abweichend gelöst. Vom Vertragsrecht ausgehend wird die Einwilligung in die ärztliche Behandlung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung angesehen 4). Dementsprechend stellt man grundsätzlich auf die Einwilligung des "représentant légal" ab 5).

Die Frage nach einer etwaigen Beachtlichkeit der Entscheidung älterer Minderjähriger ist in der Rechtsprechung bisher - soweit ersichtlich - weder gestellt noch beantwortet worden. In der Lehre wird es jedoch auch als unbefriedigend empfunden, daß einem Zwanzigjährigen kein stärkeres Mitspracherecht zustehen soll, als einem Kleinkind.

Insbesondere SAVATIER 6) bemüht sich um eine sachgerechte Lösung unter Verweis auf die Regelung bei Arbeitsverträgen Minderjähriger. Zum einen ist der ohne aus-

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 15:

der Erziehungsberechtigten nach einer Skiverletzung operiert wurde, behandelt wird. Die Operation schlug fehl und eine Amputation war notwendig.

1) vgl. dazu auch Larenz § 66 e 1

2) hierzu vgl. RGSt 74, 350

3) vgl. insbesondere Böhmer, MDR 1959, 705 ff. (707). Inkonsequent ist es, daneben noch die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu fordern. Wenn der BGH a. a. O. davon ausgeht, daß ein verständiger Minderjähriger sowieso seinen gesetzlichen Vertreter befrage, so mag das zutreffen, ergibt aber nichts für die entscheidenden Fälle einer nicht einholbaren oder verweigerten Zustimmung des Sorgeberechtigten. Die Entscheidung des Minderjährigen allein muß umso eher genügen als auch nach Ansicht des BGHZ 29, 33 das Personensorgerecht nicht entgegensteht; vgl. dazu auch Petersen, DRiZ 1962, 233 f.

4) vgl. auch Savatier, Traité No. 239, sh. auch unten S. 28

5) vgl. die ersten Entscheidungen hierzu Gray DP 1874 V 436 und Alger S 1895 II 237

6) Traité No. 239

drückliche Stellungnahme der Eltern mit einem Minderjährigen geschlossene Arbeitsvertrag zwar nichtig 1), hat jedoch als "faktischer Vertrag" die regulären Vertragswirkungen 2); zum anderen steht auch dem durch seinen gesetzlichen Vertreter verpflichteten Minderjährigen ein Ablehnungsrecht zu 3). In Parallele hierzu glaubt SAVATIER einen "faktischen Arztvertrag" bei nicht allzu bedeutenden Eingriffen konstruieren zu können. Wenigstens aber soll dem Minderjährigen ein entsprechendes Ablehnungsrecht zustehen, das nur in ganz besonders gefährlichen Fällen entfallen und auch die "grands enfants" allein dem Willen ihres Erziehungsberechtigten unterstellen soll 3).

In beiden Rechtsordnungen sind also Bestrebungen im Gange, den Minderjährigen seinem Alter und seiner persönlichen Einsichts- und Entscheidungsfähigkeit entsprechend im Arzt-Patient-Verhältnis mitbestimmen zu lassen. Im deutschen Recht wird von vornherein auf den Willen des Minderjährigen abgestellt, er kann über einen Eingriff also positiv oder negativ entscheiden, aber keinen Vertrag schließen.

Im französischen Recht kann der Minderjährige nicht positiv entscheiden, weil er keinen Vertrag schließen kann; es wird ihm jedoch wohl für die Regel ein Ablehnungsrecht zuerkannt.

Beachtenswert erscheint auch die von SAVATIER entwickelte Parallelkonstruktion zum Arbeitsvertrag. Gegen eine Übertragung der arbeitsrechtlichen Grundsätze auf das Arzt-Patient-Verhältnis spricht jedoch ein wesentliches Bedenken: Während aus dem faktischen Arbeitsvertrag vor allem Rechte für den Minderjährigen entspringen, würde ein wirksamer Arztvertrag ihn insbesondere auch zur Honorarleistung verpflichten.

Doch auch die deutsche Lösung kann diese Konsequenz nicht vermeiden, wie vor allem die Ausführungen von Böhmer 4) zeigen. Einerseits versagt man dem Minderjährigen zwar, Verträge abschließen zu können, andererseits aber wird er, wenn man für die Wirksamkeit der Einwilligung allein auf seinen Willen abstellt, aufgrund berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag 5) gemäß §§ 677, 683 BGB doch zur Zahlung des Honorars verpflichtet.

Eine befriedigende endgültige Lösung zu finden bleibt beiden Rechtsordnungen noch offen.

1) Cass. civ. DP 1927 I 20

2) vgl. Planiol Bd. I No. 338

3) vgl. Savatier, Traité No. 239, 240 und Planiol Bd. I No. 338 u. 529

4) Böhmer, Anmerkung zu BGHZ 29, 33 in MDR 1959, 705

5) hinsichtlich derer sonst immer auf den Willen des gesetzlichen Vertreters abgestellt wird, vgl. Staudinger Anm. 26 zu § 677 BGB.

2. Die Ersatzbestimmung bei Geistesgestörten

Bei Entmündigten - "interdits judiciaires" - entscheiden nach beiden Rechtsordnungen grundsätzlich der Vormund beziehungsweise der "tuteur", doch kann in bestimmten Fällen auch der Wille dieser Patienten beachtlich sein. Während in Deutschland das OLG Celle 1) das Ablehnungsrecht einer Entmündigten gegen eine Schwangerschaftsunterbrechung in Erwägung zog, hält in Frankreich SAVATIER es sogar für möglich, daß sich der Entmündigte in "lichten Momenten" positiv rechtswirksam an den Arzt wenden kann, wobei er als "mandataire" seines Vormunds fungiert 2).

Bei sonstigen Geistesgestörten greift im deutschen Recht § 104 Ziffer 2 BGB mit der Folge genereller Nichtigkeit ihrer Willensäußerungen ein. In diesen Fällen ist von Amts wegen eine vormundschaftsgerichtliche Maßnahme (Pflegschaft § 1909 BGB oder vorläufige Vormundschaft bis zur Entmündigung § 1906 BGB) zu treffen, was jeder Arzt veranlassen kann 3).

Nach französischem Recht sind die "aliénés non interdits" auch wenn sie in einer Anstalt untergebracht sind nicht grundsätzlich geschäfts- und damit auch nicht einwilligungsunfähig im Sinne des französischen Systems 4). Nach dem Gesetz vom 30. 6. 1938 "Sur les Aliénés" sind jedoch die Erklärungen der Unterbrachten gemäß Artikel 1304 c. civ. anfechtbar, falls der Betreffende im entscheidenden Moment nicht zurechnungsfähig war 5). Es wird aber in der Regel in öffentlichen Anstalten ein "administrateur provisoire" bestellt (Artikel 31 des Gesetzes), an den sich der Arzt in Zweifelsfällen zunächst wenden können 6). Im übrigen sind Geistesgestörte unabhängig von ihrem tatsächlichen Zustand rechtlich nicht eingeschränkt.

Es handelt sich also in diesen Fällen weniger um eine rechtliche, als um eine - im Folgenden näher erörterte - tatsächliche Entscheidungsunfähigkeit.

II. Tatsächliche Entscheidungsunfähigkeit - incapacité de fait

In vielen Situationen, insbesondere im Zustand der Bewußtlosigkeit, ist der an sich geschäftsfähige Patient aus tatsächlichen Gründen nicht in der Lage, sich zu

1) MDR 1960, 136

2) vgl. Savatier, Traité No. 241 und Planiol Bd. I No. 693 bis mit Rechtsprechungshinweisen.

3) vgl. BGHZ 29, 52 und Müller NJW 1956, 1099

4) Planiol Bd. I No. 716, Savatier, Traité No. 241

5) auch von ihm selbst, vgl. Planiol a. a. O.

6) Planiol Bd. I No. 718

äußern 1).

Bei den nicht eiligen Normalfällen sind zwei Gruppen zu unterscheiden: Ist der Zustand voraussichtlich kurz, so hat der Arzt mit dem Eingriff zu warten und nach Wiederherstellung des Patienten dessen Entscheidung einzuholen 2). Dauert die Entscheidungsunfähigkeit dagegen erwartungsweise länger, so ist nach deutschem Recht ein Pfleger zu bestellen 3), was wiederum der Arzt anregen kann. Da die Pflegerbestellung von Amts wegen erfolgt, scheint diese Regelung den praktischen Bedürfnissen ausreichend zu entsprechen.

Französische Rechtsprechung und Lehre halten dagegen die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters nicht für erforderlich; vielmehr handelt hier der sogenannte "protecteur naturel" für den Kranken 4). Hauptverantwortlicher ist jedoch in diesen Fällen der Arzt selbst aufgrund seines öffentlichen Heilauftrags, die Äußerung des "protecteur naturel" hat nur - allerdings wichtige - Zustimmungsfunktion. 5)

"Les faits sont plus forts que la loi" folgert SAVATIER 6) und erklärt dieses Rechtsinstitut somit zu einer Art Gewohnheitsrecht.

Im französischen Rechtsbereich haben wir also die von den deutschen Ärzten so dringend gewünschte Beachtlichkeit der Verwandtenbefragung. Daß sich die Rechtsfigur eines "natürlichen Vertreters" im französischen Recht leichter durchsetzen konnte, mag vor allem auch an dem stärkeren Bedürfnis nach einem jederzeit greifbaren Berechtigten liegen. Die Bestellung eines Pflegers ist von Amts wegen nur möglich, wenn keine an sich allein antragsberechtigten Verwandten bekannt sind (Artikel 491, 514 c. civ.). Der Arzt wäre also im Regelfall auf den Antrag eines Angehörigen angewiesen, während er im deutschen Recht die Pflegerbestellung ohne weiteres selbst anregen kann.

Wenn aus diesem Grund im deutschen Rechtsbereich auch keine so dringende Not-

1) hierher gehört wohl auch der von Schwalm, These 2, Zusatz zu a) (abgedruckt bei Niese S. 373) gebrachte Fall, daß der Patient aufgrund seiner Krankheit erheblich in seiner Einsichtsfähigkeit beschränkt ist.

2) vgl. Nimes D 1954 somm. 22; Savatier, Traité No. 243; wohl entsprechend im deutschen Recht als selbstverständlich, wenn auch nirgends ausdrücklich dargelegt, anzunehmen.

3) BGHZ 29, 52; Müller NJW 1956, 1099

4) insbesondere Savatier, Traité No. 243, 244 und 249; vgl. auch Dalloz, Nouveau Répertoire III vo. médecine No. 192 ff. und Mazeaud Bd. I No. 511; Lyon JCP 1953 II 7541 mit Anm. Savatier; Cass. civ. JCP 1955 II 9014 mit Anm. Savatier.

5) Savatier, Traité No. 249

6) JCP 1953 II 7541

wendigkeit zur Berücksichtigung einer Verwandtenentscheidung besteht, so ist doch erwägenswert, ob nicht die französische Lösung zum mindesten lebensnäher und sachgemäßer ist. In der Regel weiß eben ein naher Verwandter mehr über den Patienten und seine eventuelle Entscheidung als ein Pfleger, den er selbst erst wieder unterrichten muß. Die in Frankreich ausgestaltete Lösung der deutschen ärztlichen Praxis erscheint für die meisten Fälle sinnvoller als der rein formale Weg über das Vormundschaftsgericht.

III. Eilfälle

Es bleiben schließlich die Fälle, in denen der Arzt die Entscheidung des Berechtigten (des Patienten oder des befugten Dritten) nicht ohne Gefahr für den Kranken abwarten kann. Hier darf der Arzt nach beiden Rechtsordnungen in bestimmtem Rahmen selbst entscheiden.

Nach deutschem Recht kann die eigenmächtige Entscheidung des Arztes aufgrund der Geschäftsführung ohne Auftrag rechtmäßig sein, wenn die Entscheidung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Kranken entspricht 1) (§§ 683, 677, 680 BGB). Maßgebend ist also der Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung des Patienten. Dies gilt nicht nur für den Vertragsbereich im Zivilrecht, sondern auch für das Delikts- und das Strafrecht 2).

1) vgl. dazu RGZ 151, 354; BGHZ 29, 185 und Weitenauer S. 1 ff.

2) Sh. zur Gleichstellung des wirklichen mit dem mutmaßlichen Willen im Strafrecht aufgrund des Rechtsgedankens des § 377 BGB vor allem RGSt 61, 254. Der StGBE fixiert diese Gleichstellung in § 182 II unter Verweis auf die Abgrenzung einer schweren Körperverletzung des § 147 II:

"Die Tat ist nicht nach Abs. I strafbar, wenn die Einwilligung nur bei Aufschub der Behandlung eingeholt werden könnte, der den Betroffenen in die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit (§ 147 II) brächte und die Umstände nicht zu der Annahme zwingen, daß er die Einwilligung versagen würde."

Statt der bisher möglichen elastischen Interessenabwägung soll die Notwendigkeit der Einwilligung also nur noch entfallen, wenn "schwere" Gesundheitsgefahren zu befürchten sind. Mit Recht weist Geilen S. 144 f. auf die negativen Konsequenzen dieser Verengung (die auch Rückwirkungen auf das Zivilrecht haben wird) mit dem Beispiel hin, daß die Platzwunde eines Verunglückten nicht mehr vernäht werden dürfte, weil es sich bei einer häßlichen Narbe weder um eine schwere Gesundheitsgefahr noch um eine Verstümmelung im Sinne des § 147 II StGBE handelt.

Im Deliktsrecht ist der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung und der Wahrnehmung der berechtigten Interessen des Betroffenen anerkannt, vgl. Larenz § 66 e) 2.

Im Rahmen der Ermittlungen dieses mutmaßlichen Willens kann auch für das deutsche Recht eine Befragung der Angehörigen von Bedeutung werden, sofern für weitere Maßnahmen, etwa eine Pflegerbestellung, keine Zeit bleibt. Der wichtigste Unterfall dieser Gruppe ist der der Operationserweiterung. Auch wenn sich im Laufe einer Operation herausstellt, daß ein anderer oder weitergehender Eingriff als der ursprünglich beabsichtigte vorgenommen werden muß, darf der Arzt nur dann ohne Rücksprache mit dem Patienten diesen in erweiterter Form durchführen, wenn ein Aufschub nicht ohne erhebliche Gefahr für den Patienten möglich ist 1).

Ähnlich ist die Lage im französischen Recht. Für den meistbehandelten Fall der Operationserweiterung hat sich auch die französische Rechtsprechung 2) auf den Standpunkt gestellt, daß der Arzt nur in ganz dringenden Fällen ohne die Einwilligung des Berechtigten vorgehen darf.

Diese Fälle werden jedoch nicht unter dem Gesichtspunkt einer mutmaßlichen Einwilligung des Patienten und der der Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechenden "gestion d'affaires" abgewickelt 3), vielmehr werden die verschiedenen Notstandsrechtfertigungsgründe wie "urgence" 4), "force majeure" 5), "nécessité" 6) und "contrainte" 5) herangezogen.

Eine Rechtfertigung aus diesen Gesichtspunkten ist im französischen Recht wegen der Höherbewertung des Lebens des Patienten im Rahmen der Güterabwägung eben möglich. Im deutschen Recht stößt sie auf Schwierigkeiten 7), ist jedoch

1) vgl. dazu BGH St 11, 111

2) Paris D 1948 J 337; Douai S. 1946 II 121; Cass. civ. D 1953 J 658 = S 1946 II 121 mit Anm. Rabut und in JCP 1947 II 3374 mit Anmerkung Coste

3) Cass. civ. Gaz. Pal. 1941 I 203 stellt zwar auf die Eigenschaft als "agent d'affaires" ab, doch handelte es sich hier lediglich um einen Honoraranspruch. Lagrange, D 1948 J 337 versucht - soweit ersichtlich als einziger - die Fälle der fehlenden Einwilligung generell auch für das französische Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag zu unterstellen, um eine dem Vertragsrecht entsprechende Haftung zu erreichen. Diese Betrachtung konnte sich jedoch bisher nicht durchsetzen.

4) vgl. Mazeaud Bd. I No. 490 mit Rechtsprechungsnachweisen

5) Mazeaud a. a. O.

6) vgl. Douai JCP 1947 II 3374, dazu Anm. Coste:

"c'est qu'en effet une notion peut alors suppléer à l'absence de consentement: l'état de nécessité".

7) Bockelmann, NJW 61, 949, will auch im deutschen Recht das Rechtsgut Leben grundsätzlich höher bewerten als die Freiheit, nur soll der Kranke (weitergehend als im französischen Recht (vgl. oben S. 11 ff. und unten S. 72)) diese "Rangfolge" verbindlich ändern dürfen.

Bei einer derartigen Ausgangsposition wird bei tatsächlicher Entscheidungsunfähigkeit die Heranziehung des rechtfertigenden übergesetzlichen Notstandes möglich.

bei lediglich wegen tatsächlicher Handlungsunfähigkeit fehlender Einwilligung nicht notwendig, da alle diese Fälle von dem Rechtsgedanken der mutmaßlichen Einwilligung umfaßt werden 1).

Fortsetzung der Fußnote 7 von Seite 21:

Es erscheint jedoch sehr fraglich, ob die deutsche Rechtsordnung dieses Grundwertverhältnis ergibt oder ob man nicht vielmehr von der Gleichwertigkeit beider Rechtsgüter ausgehen muß, so daß es im einzelnen Konfliktfall jedenfalls einer konkreten Wertung bedarf. Diese ist, wenn der Kranke sich nicht tatsächlich äußern kann, eben nur nach den für die Ermittlung mutmaßlicher Entscheidungen zu finden.

- 1) Auch der Fall, den Schwalm in These 16 (abgedruckt bei Niese S. 373) dem üb-
gesetzlichen Notstand zuordnen will, gehört hither und kann mit der mutmaß-
lichen Einwilligung gelöst werden:

Wenn der nach den Grundsätzen der Abschnitte I und II berechnigte Ersatzbe-
stimmende die Einwilligung aus unsachlichen Motiven verweigert und die Ent-
scheidung des Vormundschaftsgerichts nicht rechtzeitig eingeholt werden kann,
kann der Arzt selbst eingreifen, da die Entscheidung des dann letztlich Berech-
tigten - nämlich des Vormundschaftsgerichts - nicht erreichbar ist. Über die
Möglichkeit einer Rechtfertigung aus Notstandsgesichtspunkten trotz Einwilligungs-
fähigkeit insbesondere bei Eingriffen gegen den Willen des Kranken sh. unten
Seite 72.

2. KAPITEL:

DIE GRUNDSÄTZLICHE FORDERUNG NACH
AUFKLÄRUNG DES PATIENTEN IN DER
DEUTSCHEN UND FRANZÖSISCHEN RECHTSPRECHUNG

TEIL 1

AUFKLÄRUNG UND ABLEHNUNGSRECHT

A. DER RECHTLICHE ANSATZPUNKT; DIE EINWILLIGUNG DES PATIENTEN

I. Dogmatische Einordnung des
beachtlichen Patientenwillens

Wie bereits in der Einleitung angedeutet, hat man bei der Erörterung des Problems "der" Aufklärungspflicht die zu ihrer Aufgliederung und Fixierung unumgängliche dogmatische Einordnung in das System des positiven Rechts weitgehend vernachlässigt. Im folgenden Kapitel soll die rechtssystematische Stellung des Ablehnungsrechts des Patienten nach deutschem und französischem Recht im Vergleich dargestellt werden.

Aus der Anerkennung dieses Selbstbestimmungsrechts im eigentlichen Sinne ergibt sich, daß der Arzt nur mit Zustimmung des Patienten in dessen körperliche Integrität eingreifen darf. Die Einwilligung des Kranken ist Ausdruck seiner eigenen Entscheidungsbefugnis.

In Deutschland hat das Reichsgericht erstmals im Jahre 1894 in einer Strafrechtsentscheidung 1) in Anerkennung des Selbstbestimmungsrechts ausgesprochen, daß der Patient dem Arzt wirksam seine Weigerung entgegensetzen kann. In einer zivilrechtlichen Entscheidung aus dem Jahre 1908 2) hat das Reichsgericht diesen Grundsatz wiederholt und gefestigt.

Die Ärzte eines Krankenhauses nahmen an einem Kind ohne Einwilligung der entscheidungsberechtigten Eltern die Operation eines angeborenen Hochstandes vor. Das Reichsgericht qualifizierte das ärztliche Behandlungsverhältnis als Vertrag - und zwar je nach den Umständen als Dienst- oder Werkvertrag - und prüfte die rechtlichen Auswirkungen des Fehlens der Zustimmung im Rahmen des Vertragsrechts 3).

Nur die Tatsache, daß es sich im konkreten Fall lediglich noch um die Frage eines

1) RG St 25, 375

2) RGZ 68, 431

3) vgl. hierzu insbesondere auch Hellwig S. 15

Schmerzensgeldes handelte, führte schließlich zu einer rein deliktsrechtlichen Behandlung und der Einordnung der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund im Rahmen des § 823 I BGB.

In der Folgezeit haben die Gerichte sich von dem vertragsrechtlichen Ausgangspunkt nun generell entfernt und konstruktive Begründungen ihrer Entscheidungen lediglich mehr für das Deliktsrecht gegeben 1).

Diese Entwicklung zur zivilrechtlich einseitigen Sicht des Problems ist vor allem in einer strafrechtlich orientierten Betrachtungsweise zu suchen. Die erste Entscheidung zum Selbstbestimmungsrecht war eine strafrechtliche, und auch die Äußerungen der Literatur stammten zunächst nur von Autoren dieses Rechtsgebietes 2). Der einer Rechtfertigung bedürftige Verletzungscharakter ärztlicher Tätigkeit, der aus der Qualifikation des ärztlichen Eingriffs als einer Körperverletzung im Sinne der §§ 223 ff. StGB folgt 3), wurde für das Zivilrecht übernommen, ohne daß man den sich anbietenden neuen, zusätzlichen Aspekten insbesondere des Vertragsrechts die notwendige Beachtung geschenkt hätte.

Im französischen Recht ist das Problem der Einwilligung zunächst ausschließlich unter deliktsrechtlichen Gesichtspunkten im Rahmen der Artikel 1382, 1383 c. civ. abgewickelt worden 4); ein vertragsrechtlicher Gesichtspunkt wurde überhaupt nicht erwähnt 5). Dies hat seinen Grund aber nicht in einer hauptsächlich

- 1) lediglich das OLG Naumburg JW 1932, 3369 führt den Gesichtspunkt der Vertragsverletzung nochmals, aber ohne nähere Begründung an.
- 2) vgl. vor allem Schmidt, Der Arzt im Strafrecht und Englisch, Operation.
- 3) die auf der schon in RGZ 88, 433 angedeuteten Rechtspflicht, niemanden körperlich zu verletzen, beruht.
- 4) Bereits Liège DP 1891 II 291; Alger S 1895 II 237 = DP 1895 II 69 und sämtliche Entscheidungen bis 1936.
- 5) Die Heranziehung des Arztes im Rahmen einer deliktsrechtlichen zivilen Haftung bedeutete eine grundlegende Neuerung im französischen Arztrecht. Wie das alte französische Recht kannte auch das des neunzehnten Jahrhunderts noch keine Arzthaftung; es kam vielmehr dem Arzt die "présomption de capacité" zugute, d. h. jeder, der die Berufsvoraussetzungen erfüllte, galt als zur sachgemäßen Ausübung befähigt; vgl. dazu Planiol Bd. VI No. 523/24; Mérygnac DP 1907 II 41.

Im Laufe des neunzehnten Jahrhunderts ergehen dann die ersten Entscheidungen zu diesem Problem; vgl. Domfrond vom 28. 9. 1830, besprochen bei Perreau S 1918/19 II 97 und vor allem Cass. req. vom 21. 7. 1862, S 1862 I 818, die aber den Arzt auch nur für vorsätzliche oder bewußt fahrlässige, nicht für die "guten Glaubens" gemachten Fehler verantwortlich machen wollten. Vgl. dazu auch Perreau, Elements S. 262, 263 und Loup DP 1931 II 141. Erst zu Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts wird die Arzthaftung von Rechtsprechung und Literatur näher ausgestaltet.

vom Strafrecht ausgehenden Argumentation.

Einwilligung und Aufklärung wurden und werden auch heute noch vorwiegend als zivilrechtliche Fragen diskutiert.

Zwar zieht auch im französischen Recht die Verwirklichung eines Strafrechtstatbestandes eine deliktsrechtliche Schadensersatzpflicht nach sich, doch bietet die vom deutschen abweichende Tatbestandssicht die Parallele zum Strafrecht nicht unbedingt an. Der Tatbestand der einschlägigen Artikel 319, 320 c. pén. 1) erfaßt den ärztlichen Eingriff erst, wenn auch ein Fehler - "faute" - vorliegt. So sagt SAVATIER mit Recht:

"Pour le médecin le délit n'existe que s'il y a à la fois préjudice et faute." 2)

Die deliktsrechtliche Betrachtung hat ihren Grund vielmehr darin, daß das französische Recht in dem ärztlichen Behandlungsverhältnis lange keinen Vertrag sah und daher von vornherein auf die einzig verbleibende Möglichkeit einer deliktsrechtlichen Verantwortlichkeit angewiesen war. Erst im Jahre 1936 stellte die Cour de Cassation in einer Grundsatzentscheidung fest:

"Il se forme entre le médecin et son client un véritable contrat, comportant pour le praticien l'engagement, sinon, évidemment, de guérir le malade, du moins de lui donner des soins non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science. La violation même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité, de même nature également contractuelle." 3)

Damit wurde die Arzthaftung aufgrund der im französischen Recht herrschenden Gesetzeskonkurrenz zwischen vertraglichen und deliktsrechtlichen Ansprüchen 4) ausschließlich auf das Vertragsrecht verlagert 5).

1) Art. 319, 320 c. pén. - Homicides ou Blessures par Imprudence - bedrohen denjenigen mit Strafe, der "involontairement" den Tod oder die Verletzung eines anderen "par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements" herbeiführt. Es werden also im französischen Recht für die strafrechtliche Haltung des Arztes von vornherein nur Fahrlässigkeitsdelikte in Betracht gezogen; vgl. Savatier, *Traité* No. 327.

2) *Traité* No. 327

zum vom deutschen abweichenden Deliktsaufbau sh. unten S. 83 Fußn. 2.

3) Cass. civ. DP 1936 I 88, vgl. auch neuestens Cour d'Appel Paris, DH 1964, J, 13

4) vgl. Planiol Bd. VI No. 524 und Nast D crit. 1941, 54.

5) Dies blieb in der Literatur nicht ohne Widerspruch, vgl. Dalloz, *Nouveau Répertoire* vo. médecine No. 203; Mignon D 1950 chron. 121 Peytel Gaz. Pal. 1940 II doct. 48.

Eine deliktsrechtliche Haftung kommt nur noch in Betracht, wenn kein Vertrag zustande kam 1), oder aber wenn das Verhalten des Arztes gleichzeitig einen strafrechtlichen Tatbestand erfüllt 2). In diesen letzteren Fällen hat der Betroffene ein Optionsrecht hinsichtlich der Vertrags- oder Deliktshaftung 3).

So wurden seither auch die Fragen um die Mißachtung sowohl der positiven (Verletzung des Heilauftrages, entsprechend dem deutschen Recht) als auch - und das ist das Neue und Interessante für die deutsche Rechtssituation - der ablehnenden Entscheidung des Patienten im Rahmen einer vertragsrechtlichen Haftung betrachtet. Bereits im Jahre 1937 entschied die Cour de Cassation 4), daß der Arzt aus dem Vertrag nicht nur verpflichtet sei zu heilen, sondern auch die Einwilligung des Patienten zur Vornahme des Heileingriffes einzuholen. Läßt sich dieser Grundsatz aus dieser ersten Entscheidung auch nur aus der Verteilung der Beweislast entnehmen, so wird er doch im Jahre 1951 im Fall MARTIN/BIROT ausdrücklich bestätigt:

Ein Arzt hatte aufgrund eines Diagnosefehlers die Amputation eines Beines für notwendig gehalten und diese Operation ohne Einwilligung des Patienten vorgenommen. Der Patient verklagte den Arzt wegen fehlender Einwilligung auf Schadensersatz.

Die Cour de Cassation führte hierzu aus:

"Attendu que, si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugé utile, qu'après avoir au préalable obtenu l'assentiment du malade ..." 5).

Damit hat die Cour de Cassation für das interessierende Problem einen ganz klaren Rechtsgrund geschaffen: der Arzt ist vertraglich verpflichtet, die Einwilligung des Patienten einzuholen. Es handelt sich hierbei schon um die Ausführung des Vertrages, nicht stets um einen neuen Vertragsschluß 6); Vertragsabschluß und Ein-

1) vgl. dazu Anm. Brunet JCP 1950 II 5716, auch Savatier, *Traité* No. 328 und Mazeaud Bd. I No. 207

2) Cass, crim. D 1947 J 94; Planiol Bd. VI No. 524

3) Cass, req. DP 1927 I 105; Cass, crim. Gaz. Pal. 1947 I 57; nach Savatier, *Responsabilité* Bd. II S. 378 hat der Verletzte demgegenüber beide Wege der Inanspruchnahme nebeneinander.

4) Cass, civ. S 1937 I 270

5) Cass, civ. JCP 1951 II 6421 = D 1952 J 53

6) wie Savatier meint, vgl. Anm. D 1952 J 53; wie Savatier auch Lyon D 1952 J 647. A. A. u. a. Kornprobst S. 430, 437, der vorschlägt, nur das Wort "assentiment" nicht "consentement" zu verwenden, da letzteres auch die vertragliche

willigung werden - wie im deutschen Recht - 1) unterschieden.

Wenn auch dieser vertraglichen Konstruktion ihrerseits wiederum Bedenken entgegenstehen können 2), vor allem der Vorwurf eines fingierten Vertragsabschlusses 3) zu prüfen sein wird, so ist doch allein die Tatsache einer Verlagerung der Betrachtung auf das Vertragsrecht von großer Bedeutung insbesondere für die Fälle der eigentlichen Kontroversen zwischen Ärzten und Juristen, in denen eine gesundheits- oder heilungsschädliche Aufklärung in Frage steht.

Es ist im deutschen und französischen Recht eine genau gegensätzliche Entwicklung zu verzeichnen: während die deutsche Rechtsprechung vom Vertragsgedanken zum Deliktsrecht übergeht, stellt die französische nach anfänglicher deliktsrechtlicher Betrachtung nunmehr den Arztvertrag in den Vordergrund. Es wird zu untersuchen sein, ob nicht dieser Weg der richtigere, der des deutschen Rechts etwa ein Rückweg ist.

Diese Andeutungen sollen zunächst genügen, denn für die Frage der Aufklärung als regelmäßiger Voraussetzung wirksamer Ausübung des Ablehnungsrechts kommt es auf eine nähere dogmatische Analyse noch nicht an. Sowohl im Rahmen vertrags- als auch deliktsrechtlicher Betrachtung ist die Einwilligung Ansatzpunkt. Entscheidend wird der Unterschied erst bei den im dritten Kapitel zu behandelnden Konfliktsfällen.

II. Der maßgebliche Wille und seine Ermittlung

1. Allgemeine Auslegung

Nach deutschem Recht sind - da die Einwilligung nicht als rechtsgeschäftliche Willenserklärung qualifiziert wird - die Auslegungsregeln der §§ 133 ff. BGB nur entsprechend anwendbar 4). Immerhin ergibt sich auch für die Einwilligung nach der herrschenden gemilderten Willentheorie, daß es auf die objektive Auslegung des erklärten Willens ankommt 5). Wie entscheidend gerade die Frage der Auslegung für die Lösung der Probleme um die Aufklärungspflicht ist,

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 26:

Willenserklärung bezeichnet. Vgl. dazu auch Nerson Anm. S 1953 II 41

1) Die Trennung zwischen Vertragswillen und Einwilligung führt im deutschen Recht bereits Roth in seiner Dissertation von 1932, S. 1 durch.

2) Vgl. vor allem Perrot Anm. zu Cass. civ. 1951 II 6421.

3) der unter anderem auch in der deutschen Literatur, nämlich von Steindorff, Therapiewoche S. 2 erhoben wurde.

4) Kritisch zur Auslegungsfrage Geilen S. 34

5) vgl. dazu aber Böhmer MDR 1959, 705 zu BGHZ 29, 33

wird noch zu zeigen sein. Vorerst ist festzuhalten, daß nur, aber auch immer dann, wenn sich nach den Auslegungsregeln eine Einwilligung in den vorgesehenen Eingriff ergibt, der Arzt rechtmäßig handelt. Einwilligungsgegenstand ist der geplante Eingriff mit seinen Risiken und Chancen 1). Weichen erklärter und wirklicher Wille voneinander ab, so soll nicht etwa eine Anfechtung gemäß §§ 119 ff. BGB durchgreifen, vielmehr soll nur ein Widerruf der Einwilligung möglich sein 2). Der Irrtum des Patienten ist also nach Vollzug des Eingriffs auch rechtlich nicht mehr korrigierbar.

Im französischen Recht finden sich keine Anhaltspunkte dafür, die Einwilligung nicht als rechtsgeschäftliche Erklärung zu betrachten, es gelten also die hierfür maßgebenden Grundsätze unmittelbar. In der Frage inwieweit nur dem erklärten oder auch dem inneren Willen Bedeutung zukommen soll, ist das französische Recht nicht einig. Sicher ist, daß auch hier nur eine "manifestation de volonté" berücksichtigt werden kann 3). Bei Differenzen zwischen "volonté déclaré" und "volonté réelle" soll jedoch letzterer maßgebend sein 4).

Die Einseitigkeit dieser Entscheidung wird weitgehend dadurch aufgehoben, daß Dritte aufgrund extensiver Auslegung des Artikel 1321 c. civ. auf die Erklärung vertrauen dürfen oder nach Artikel 1382 c. civ. einen Schadensersatzanspruch erhalten können, sowie dadurch, daß nach Artikel 1341 c. civ. die Widerlegung eines schriftlich erklärten Willens durch den angeblich entgegenstehenden wirklichen Willen nicht möglich ist 5).

Während im deutschen Recht in den Irrtumsfällen die Erklärung nicht ex tunc beseitigt werden kann, tritt im französischen Recht gemäß Artikel 1116, 1117 c. civ. in der Regel "nullité relative" ein 6), die mit der "action en nullité ou en rescision" durchgesetzt werden kann. Die erteilte Einwilligung kann demnach ex tunc entfallen, wobei dem Arzt ein Schadensersatzanspruch nur zusteht, wenn der Irrtum des Patienten nicht entschuldbar war 7).

1) zu dieser hier nicht näher zu erörternden Frage vgl. kritisch insbesondere Geilen S. 36/37; auch Zitelmann S. 87 ff. vor allem S. 89

2) Die Anfechtungsvorschriften bleiben der entsprechenden Anwendung verwehrt. Vgl. Ziegler § 4 I, Lehmann I 24 II 4.

Diese Regelung rechtfertigt sich in Ausdehnung der RG-Rechtsprechung zu den Gründer- und Beitrittserklärungen des Gesellschaftsrechts; vgl. dazu Nachweise bei Lehmann § 34 I 4.

3) Planiol Bd. VI No. 99; Aubry-Rau Bd. IV § 343 No. 2 und Colin-Capitant Bd. I No. 73

4) Aubry-Rau Bd. IV § 343 No. 5 bis mit herrschender Meinung

5) vgl. dazu Schätz S. 25

6) vgl. Schätz S. 37 ff., vor allem S. 51

7) vgl. Schätz S. 52

Die Situation ist für den Arzt also weniger übersichtlich und damit ungünstiger als im deutschen Recht.

Die Einwilligung muß weder im deutschen noch im französischen Recht völlig eindeutig und ausdrücklich sein, sondern kann auch konkludent erfolgen 1). Das bloße Schweigen wird allerdings von keiner der beiden Rechtsordnungen als ausreichende Erklärung angesehen. Eine Einwilligung wird man in diesen Fällen nur annehmen dürfen, wenn besondere Umstände diesen Schluß rechtfertigen 2); möglicherweise vor allem dann, wenn - entsprechend dem Fall eines Vertragsangebots unter bereits in Geschäftsbeziehung stehenden Partnern - der Arzt dem Patienten im Rahmen eines auf die Behandlung eines bestimmten Leidens gerichteten Vertrages eine neue Teilbehandlung vorschlägt 3).

2. Die Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung

Da Einwilligungsgegenstand die Behandlung mit ihren Risiken und Chancen ist, kann eine wirksame Einwilligung nur insoweit vorliegen, als der Patient davon unterrichtet ist 4).

Dieses Unterrichtet-, dies "Aufgeklärtsein" ist also eine Voraussetzung der Wirksamkeit der Einwilligung.

Da der Patient sich als Laie aber nicht in diesem "aufgeklärten" Zustand hinsichtlich medizinischer Fragen befinden kann, hat man eben den Arzt, den Kundigen, als zur Aufklärung verpflichtet angesehen. Daß die Notwendigkeit zur Aufklärung besteht, ist allgemeine Ansicht der deutschen und französischen Juristen. Uneinigkeit besteht lediglich über den Umfang und die eventuelle Entbehrlichkeit aus verschiedenen Gründen.

Die Frage der Aufklärung zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts im eigentlichen Sinne ist also aufs engste mit der Einwilligung verknüpft. Diese Verbundenheit tritt in der französischen Rechtsprechung besonders deutlich zutage und findet ihren Niederschlag in der Forderung nach einem "consentement libre et éclairé", einer Willenskundgabe in Kenntnis der maßgeblichen Umstände 5).

1) vgl. im Hinblick auf das spezielle Problem Cass. civ. Gaz. Pal. 1942 I 177; BGH VersR 1961, 191

2) Nipperdey § 153 III; Lehmann § 30 III 1

Aubry-Rau Bd. IV § 343 No. 3; Planiol Bd. VI No. 108/9

3) vgl. Lyon DH 1938 somm. 11, doch wäre dies wohl eine sehr weittragende, die meisten Fälle umfassende Ausnahme, die jedenfalls noch näherer Prüfung bedarf.

4) vgl. zum deutschen Recht BGH NJW 1956, 1106;

zum französischen u. a. Planiol Bd. VI No. 526; die Einwilligung muß "en connaissance de cause" gegeben sein.

5) vgl. dazu Savatier, Traité No. 250/51 mit Rechtsprechungsnachweisen. Erstmals

Auch das Reichsgericht hat die Aufklärung als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung eingeordnet 1). Wie aber kommt es, daß abweichend vom gesamten übrigen Zivilrecht plötzlich von dem einen Vertragspartner eine derartige Sorge um die Entscheidung des anderen verlangt wird? Diese Anforderungen ergeben sich aus der Besonderheit des Arzt-Patient-Verhältnisses 2). Bei den normalen Verträgen des Zivilrechts darf der Vertragspartner davon ausgehen, daß der Erklärende sich der Tragweite seiner Äußerungen bewußt ist. Demgegenüber muß aber der Arzt in der Regel gerade annehmen, daß der Patient die Risiken und Chancen einer Behandlung nicht kennen kann. Darf er dann ohne Aufklärung ohne weiteres von einer wirksamen Einwilligung ausgehen, wenn er sie nach § 133 BGB und Artikel 1156 c. civ. 3) auslegt? Eben diese Frage wird man verneinen müssen.

Die Notwendigkeit der Aufklärung stellt sich für den Arzt in diesem Zusammenhang also nicht als nochmals selbständig begründete Rechtspflicht dar, sondern als eine Art Verpflichtung gegen sich selbst 4).

Einerseits ist der Arzt in bestimmtem Umfang zum Heileingriff verpflichtet, andererseits bedarf er wegen des gleichzeitigen Verletzungscharakters der Rechtfertigung durch eine Willensäußerung des Patienten, die er nach den Regeln der Auslegung als wirksam annehmen darf.

Er kann also nur allen Verpflichtungen gerecht werden und sich so vor einer Haftung bewahren, wenn er die Wirksamkeitshindernisse behebt, also den Patienten aufklärt.

Die Notwendigkeit einer Aufklärung ergibt sich demnach regelmäßig aus der eigentlichen Rechtspflicht des Arztes die Entscheidung des

Fortsetzung der Fußnote 5 von Seite 29:

verwandt wurde diese Formel in einer Entscheidung der Cour de Cassation aus dem Jahre 1933 S 1934 I 11.

1) RGZ 168, 206

2) vgl. dazu Gervésie zu Lyon D 1953 J 254

3) Art. 1156 c. civ.: "on doit dans les conventions
rechercher quelle a été la
commune intention des parties
contractantes, plutôt que de
s'arrêter au sens littéral des
termes."

4) vgl. für das deutsche Recht in diesem Sinne Weitenauer S. 2, 3; Martin, DRiZ 1961, 297 nennt die Aufklärung vielleicht noch richtiger "Bedingung" der Rechtserheblichkeit der Einwilligung. Demgegenüber wird die Aufklärungspflicht vielfach ausdrücklich als selbständige Rechtspflicht angesehen, vgl. u. a. LG Gießen NJW 1956, 1111.

Patienten zu beachten, seine Einwilligung herbeizuführen 1). Festzuhalten ist, daß es sich bei dieser Aufklärungs"pflicht" nur um einen Teilbereich des Aufklärungsproblems handelt, auf den im folgenden Abschnitt zunächst näher eingegangen werden soll.

B. UMFANG UND INHALT DER AUFKLÄRUNG ALS VORAUSSETZUNG EINER WIRKSAMEN EINWILLIGUNG

I. Geschichtliche Entwicklung

In der französisch-belgischen Rechtsprechung finden wir bereits im Jahre 1889 einen Fall zur Aufklärung des Patienten, den "Cas Déchamps/Demarche" 2):

An einem dreijährigen Kind wurde mit Zustimmung des Vaters eine Operation vorgenommen, die mißlang. Nach ärztlicher Lehre sollte diese Operation in der Regel und gefahrlos erst nach dem sechsten Lebensjahr vorgenommen werden können.

1) Diese dogmatischen Untersuchungen müssen im Rahmen einer rechtsvergleichenden Arbeit Andeutungen bleiben.

Wichtig schien es hier jedoch klarzustellen, daß der Ausgangspunkt einer Betrachtung der Aufklärung zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts im eigentlichen Sinne im Zusammenhang mit der Einwilligung der richtige ist und, wie später zu zeigen sein wird, einer sachgemäßen Lösung keinesfalls im Wege steht. Geilen S. 40/41 sieht dagegen die Lösung des Problems als unauflöslich mit der Abkehr von der Einwilligungskonstruktion verbunden an.

Der Hinweis auf die entsprechende Tendenz der Rechtsprechung bei der Gefälligkeitsfahr zugunsten einer "elastischeren Betrachtung unter den Gesichtspunkten der §§ 242, 254 BGB" trifft jedoch nicht, denn im Arzt-Patient-Verhältnis liegt - was Geilen an anderer Stelle selbst betont - eine ganz anders geartete Situation vor: der Patient will eine mit einer Verletzung notwendig verbundene Hilfe. Dieser voraussehbare Eingriff verlangt eine vorausgehende klare Willensäußerung des Patienten.

Voraussetzung dieser klaren Äußerung ist aber eben die Aufklärung.

Vgl. für das französische Recht auch Lyon JCP 1953 II 7541, das die Notwendigkeit der Aufklärung ebenfalls als eine unmittelbare Folge aus der grundlegenden Verpflichtung des Arztes zum Einholen der Einwilligung einordnet.

2) DP 1891 II 281

Entscheidung des Tribunal de Liège v. 27. 11. 1889

Entscheidung der Cour de Liège v. 30. 7. 1890

Das Tribunal de Liège verurteilte den Arzt zur Zahlung von Schadensersatz, weil er dem Vater nicht die besonderen, auf dem Alter des Kindes beruhenden Gefährdungsmomente des konkreten Falles mitgeteilt habe.

Das Urteil wurde von der Cour de Liège jedoch mit der Begründung aufgehoben, es sei

"... nullement nécessaire ni justifié par l'usage que le médecin donne au malade une connaissance parfaite en détails techniques de l'opération; il suffit qu'il annonce une opération chirurgicale tendant à tel but."

Die Notwendigkeit einer Unterrichtung des Patienten wird also generell anerkannt, jedoch auf eine Aufklärung über die beabsichtigte Maßnahme als solche und ihren Zweck beschränkt. Das konkrete Eingriffsrisiko sollte einer Mitteilungspflicht nicht unterliegen.

Ähnlich argumentiert die zweite bedeutende Anfangsentscheidung der Cour d'Amiens im "Cas Prévost/Bours" 1):

Der Arzt hatte einen durch ständigen Alkoholgenuß sehr geschwächten Patienten narkotisiert, ohne auf die besonderen, in solchen Fällen bestehenden Narkosegefahren hinzuweisen. Der Patient starb in der Narkose.

Die Notwendigkeit der Aufklärung wurde verneint. Die Cour stellte fest, es könne nicht richtig sein

"... si on le prévenait de tous les périls médiats ou immédiats, auxquels peut s'exposer hypothétiquement d'ailleurs l'emploi d'anesthésie ..."

Es wird also auch hier das konkrete Eingriffsrisiko nicht für aufklärungsbedürftig gehalten. Lediglich die normalen Gefahren einer Behandlung soll der Patient kennen. Diese seien jedoch bei der Narkose erstens unerheblich und darüber hinaus sowieso jedem Patienten bekannt.

MÉRIGNAC stellt in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung heraus, die Frage der Aufklärung sei im Gegenteil jeweils am speziellen Fall zu orientieren. Er übernimmt den Gesichtspunkt der Gefährlichkeit des Eingriffs, der bereits in diesen ersten Entscheidungen auftauchte, will aber das Risiko individuell bestimmten 2).

Die erste Reichsgerichtsentscheidung zum Problem der Aufklärung im deutschen Recht stammt aus dem Jahre 1912 3):

1) Entscheidung vom 14. 2. 1906, DP 1907 II 44

2) sh. Anmerkung zur Entscheidung der Cour d'Amiens a. a. O.

3) RGZ 78, 432

Durch eine operative kunstgerechte Entfernung einer Knochenwucherung im Ohr verlor der Patient sein Gehör. Er verklagte den Arzt auf Schadensersatz, weil dieser ihn nicht auf die Möglichkeit eines Gehörverlustes aufmerksam gemacht habe.

Das Reichsgericht verneinte die Notwendigkeit einer Aufklärung ebenfalls mit der Begründung, der Patient müsse nicht auf alle nachteiligen Folgen einer Behandlung aufmerksam gemacht werden. Derartige Operationen verliefen in der Regel harmlos und auch die Lage des speziellen Falles rechtfertige keine Sonderanforderungen.

In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 1920 1) verneint das Reichsgericht unter Berufung auf das vorzitierte Urteil wiederum eine Aufklärungspflicht:

Einem an Syphilis erkrankten Patienten wurden 0,6 Gramm Salvarsan eingespritzt, was unter anderem den Gehörverlust des Kranken zur Folge hatte.

Zur Begründung führt das RG aus, der behandelnde Arzt habe die Gefahren nicht so hoch einschätzen müssen, daß er eine Aufklärung als erforderlich hätte erkennen können.

Der Vergleich der ersten Ansätze zu einer Abgrenzung der Aufklärungspflicht zeigt, daß von Anfang an die Risikoaufklärung, wie sie heute den wesentlichen Bestandteil der Auseinandersetzung bildet, diskutiert wurde. Negativ grenzten sowohl die deutschen als auch die französischen Gerichte jedoch zunächst ab, daß der Patient keinesfalls auf alle eventuellen nachteiligen Folgen der Behandlung aufmerksam gemacht werden müsse; vielmehr wird eine bestimmte Gefährlichkeit des Eingriffs verlangt.

Diese Gefährlichkeit bestimmten die französischen Gerichte zunächst generell nach den normalerweise auftretenden Komplikationen, ohne die besonderen Umstände des konkreten Falles miteinzubeziehen.

Das Reichsgericht hat demgegenüber, wie bereits seine erste Entscheidung erkennen läßt, Sonderanforderungen aufgrund der Situation im Einzelfall von Anfang an in Betracht gezogen, und wäre daher unter Umständen in den von der französisch-belgischen Rechtsprechung ablehnend entschiedenen Fällen wie das Tribunal de Liège als erstes Gericht zur Bejahung einer Aufklärungspflicht gelangt. Wie der Begriff einer aufklärungsbedürftigen Gefährdung abzugrenzen sei, war damit freilich noch nicht gesagt. Um diese Abgrenzung bemühten sich die Entscheidungen der folgenden Zeit 2).

1) RG Warn.Rspr. 1920 No. 109

2) zutreffend ist, daß, wie Geilen S. 51 dartut, im deutschen Recht die Verbindung zur Einwilligung noch nicht deutlich hergestellt wurde. Auch die französischen Entscheidungen enthalten noch keine klare dogmatische Einordnung. Man muß

In Frankreich wurde eine Aufklärung insbesondere in den Fällen der kosmetischen Chirurgie und der medizinischen Experimente gefordert, da in diesen Fällen das Mißverhältnis zwischen Risiko und Behandlungszweck am deutlichsten werden kann und dem Patienten hier auch am ehesten eine Klage gegen den Arzt gerechtfertigt erscheinen mochte. 1)

Die Cour de Paris entschied im Jahre 1913 2), daß die radiotherapeutische Behandlung eines Damenbartes sehr große und damit aufklärungsbedürftige Gefahren mit sich bringe, ohne jedoch eine grundsätzliche Abgrenzung zu versuchen. Demgegenüber lehnte das Reichsgericht in einem ganz ähnlich gelagerten Fall im Jahre 1931 3) eine Aufklärungspflicht des Arztes ab, da es sich um ganz geringfügige Risiken handele.

Der entscheidende Grund für das unterschiedliche Ergebnis dürfte in der Fortentwicklung der Wissenschaft und der damit verbundenen effektiven Verringerung der Bestrahlungsgefahren liegen. Doch spielt wohl ein weiterer Gesichtspunkt bei der Beurteilung nicht der Heilung dienender Eingriffe eine nicht unerhebliche Rolle: die französische Rechtsprechung legte - wie bereits im ersten Kapitel dargestellt - stets großes Gewicht auf den Gesichtspunkt der Notwendigkeit des Eingriffs für die Gesundheit des Patienten. Wenn nun der Eingriff schon nicht heilungsnotwendig ist, so soll sich der Patient wenigstens im Bewußtsein aller beachtlichen Gefahren dazu entscheiden 4). Hierauf beruhen die zunächst sehr strengen Aufklärungsanforderungen und schließlich das generelle Verbot gefährlicher kosmetischer Eingriffe im Gegensatz zu den verhältnismäßig geringeren Aufklärungsverlangen bei Heileingriffen, die auch in dieser Zeit kaum Grundlage einer Entscheidung waren.

Die Anforderungen der französischen Rechtsprechung an die Aufklärung bei kosmetischen Eingriffen erscheinen jedoch keineswegs immer als überspitzt.

Ein 1931 ebenfalls von der Cour de Paris entschiedener Fall 5) hätte in Deutschland

Fortsetzung der Fußnote 2 von Seite 33:

diese Tatsache jedoch nicht als Argument gegen die Einwilligungskonstruktion verwenden, sondern kann vielmehr davon ausgehen, daß die Abgrenzung eben deshalb so schwer fiel, weil die Aufklärung nicht in direktem Zusammenhang mit der Einwilligung betrachtet wurde.

1) vgl. auch Rabut S 1946 II 121, der ebenfalls darauf hinweist, daß Ausgangspunkt der Entscheidungen zur Aufklärungspflicht die Fälle kosmetischer Eingriffe waren

2) DP 1919 II 73

3) Warn. Rspr. 1932 No. 71

4) vgl. dazu auch Seine DP 1936 II 9, wo vollständige Aufklärung hinsichtlich neuer noch nicht ausreichend erprobter Behandlungsmethoden verlangt wird.

5) DP 1931 II 141

sicher die gleiche Beurteilung gefunden 1):

Ein Mannequin unterzog sich zur Verschönerung seiner Beine einer sehr heiklen Operation, die der Arzt jedoch als nicht besonders gefährlich hinstellte. Die Operation mißglückte, das Bein mußte amputiert werden.

Das Gericht verurteilte den Arzt zum Schadensersatz und stellte in der Begründung zum ersten Mal den Grundsatz auf:

"En négligeant d'éclairer complètement son client sur les risques graves ... le chirurgien commet une faute qui engage sa responsabilité."

Wie allerdings der Begriff der "risques graves" auszufüllen ist, geht aus der Entscheidung ebensowenig wie aus den folgenden hervor.

Grundsätzlich wird die Notwendigkeit einer Aufklärung bei Heileingriffen von der französischen Rechtsprechung ebenfalls bejaht. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1937 setzt die Cour de Cassation eine Aufklärung als selbstverständlich voraus und will sie vor allem auf "la nature et la gravité de l'intervention" gerichtet wissen 2).

Ganz deutlich fordert die Cour im Jahre 1942 3) eine Aufklärung über Risiken und Chancen auch bei unbedingt notwendigen Heileingriffen:

Der Patient hatte bei einem Autounfall einen Unterarmbruch erlitten, der von dem zu Rate gezogenen Arzt operativ behandelt wurde. Nach fehlgeschlagenem Eingriff mußte der Arm amputiert werden.

Das Gericht verurteilte den Arzt, weil er den Patienten nicht ordnungsgemäß über "l'utilité, la nature et les risques" und insbesondere nicht über andere mögliche Behandlungsmethoden aufgeklärt habe.

Aufklärungsgegenstand sollen demnach neben dem Eingriff als solchem mit seinen Risiken und Chancen auch die verschiedenen Therapien sein.

In der deutschen Rechtsprechung läßt sich eine unterschiedliche Intensität in der Forderung nach Aufklärung bei Heil- und anderen Eingriffen bis hierhin nicht erkennen. Für beide Gruppen wird die Aufklärung noch in gleicher Weise gefordert, um eine echte Entscheidung des Patienten zu gewährleisten 4). Auch den deutschen Gerichten gelang zunächst keine klare Abgrenzung der aufklärungsbe-

1) ein ganz ähnlicher Fall lag einer Entscheidung des Reichsgerichts, HRR 1934 II No. 1278 zugrunde.

2) S 1937 I 270

3) D crit, 1942, 63

4) sh. dazu weiter S. 42 f.

dürftigen Tatsachen.

Das OLG Königsberg schließt 1938 die Aufklärung über die Möglichkeit einer Infektion bei Blutspenden mit der allgemein gehaltenen Begründung aus, daß es sich um einen verhältnismäßig harmlosen Eingriff handle, der erfahrungsgemäß stets ohne jede Folge verlaufe 1).

Nach Auffassung einer Reichsgerichtsentscheidung aus dem Jahre 1936 2) muß "... im allgemeinen als ausreichend erachtet werden, daß der Arzt den Patienten über diejenigen Gefahren aufklärt, die mit der Vornahme einer Operation verbunden zu sein pflegen."

Es handelte sich hier um eine bei einer Klavierlehrerin aufgetretene Lähmung eines Fingers, also um eine subjektiv von vornherein besonders schwerwiegende Gefahrenlage. Erstaunlicherweise berücksichtigt das Reichsgericht das erhöhte Risiko - entgegen seiner Entscheidung von 1919 3) - nicht, woraus sich Unsicherheit und Schwanken in der Beurteilung des Umfanges der notwendigen Aufklärung deutlich ablesen lassen. In einer Entscheidung von 1939 beschränkte sich das Reichsgericht sogar auf eine "Aufklärung in großen Zügen" 4), nahm jedoch auch zu dieser Zeit schon die verschiedenen Therapien in den Bereich der aufklärungsbedürftigen Tatsachen auf 5).

Zusammenfassend ist zu sagen, daß sowohl die deutsche als auch die französische Rechtsprechung im Verlangen nach einer Aufklärung des Patienten verhältnismäßig zurückhaltend waren. Die französischen Gerichte haben zwar für nicht der Gesundheit dienende Eingriffe eine weitgehende Unterrichtung gefordert, im Bereich der eigentlich interessierenden Heileingriffe jedoch ebensowenig wie die deutsche Rechtsprechung eine klare Linie gefunden.

Von einer durch einheitliche Rechtsprechung entwickelten Aufklärungspflicht kann daher weder im deutschen noch im französischen Recht die Rede sein.

II. Die heutige Rechtsprechung 6)

Erst die neuere Rechtsprechung hat versucht, die einzelnen Gruppen der für die Wirksamkeit der Einwilligung erheblichen Irrtümer des Patienten zu systematisieren und so exakte Anhaltspunkte für den Umfang der notwendigen Aufklärung zu schaffen.

1) JW 1939, 349

2) JW 1937, 927

3) RGZ 78, 432

4) RG DR 1940, 684

5) RG HRR 1938, No. 857

6) vgl. zum gesamten Kapitel im deutschen Recht die Zusammenstellungen bei Friedrich, VersR 1954, 329; Kleinewefers, VersR 1962, 197 und Petersen, DRiZ 1962,

1. Die Unterrichtung über die Maßnahme als solche

Während die frühere französische Rechtsprechung den Standpunkt vertrat, es genüge, dem Patienten eine Operation zu einem bestimmten Zweck - etwa zur Beseitigung einer Verwachsung - anzukündigen 1), ist nach den neueren Entscheidungen eine genaue Beschreibung des beabsichtigten Eingriffs notwendig. Der Arzt muß den Kranken über die "nature exacte" der Behandlung oder des Eingriffs unterrichten 2), ihm also alles mitteilen, was Einfluß auf seine Heilungsbereitschaft haben kann. Die Vornahme eines anderen als des angekündigten Eingriffs oder auch eine bloße Erstreckung auf außerhalb des Vorstellungsbereichs des Patienten liegende Maßnahmen werden von der Einwilligung in der Regel 3) nicht gedeckt.

Dieses Erfordernis einer auf einen ganz bestimmten Eingriff zu richtenden Einwilligung stellte in voller Deutlichkeit erstmals die Cour de Douai in einer Entscheidung aus dem Jahr 1946 4) heraus:

Der Patient hatte sich mit einer kleinen Geschwulst an der Innenseite des linken Unterarms in Behandlung gegeben. Der Arzt diagnostizierte einen gutartigen Muskelknoten, der ohne Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit des Armes zu entfernen sei. Der Patient gab seine Einwilligung; während der Operation stellte sich jedoch heraus, daß der Tumor nicht ohne Resektion des Hauptnervs zu entfernen war.

Der Arzt operierte trotzdem, der Patient verlor die Gebrauchsfähigkeit des Armes und verklagte den Arzt auf Schadensersatz.

Die Cour verurteilte den Arzt, da er den weitergehenden Eingriff ohne Einwilligung des Patienten vorgenommen und daher rechtswidrig und nicht vertragsgemäß gehandelt habe. Er hätte, da kein Eilfall vorlag, die Operation unterbrechen und den Patient erneut befragen müssen.

Besonders deutlich wird der Auffassungswandel, wenn man eine Entscheidung der Cour de Paris aus dem Jahre 1923 zum Vergleich heranzieht 5). Ihr lag ein ähnlicher Sachverhalt zugrunde:

Eine Frau begab sich mit Unterleibsbeschwerden in ärztliche Behandlung. Sie wurde mit ihrer Zustimmung operiert, doch stellte sich erst während des Eingriffs heraus, daß wider Erwarten die Eierstöcke entfernt werden

1) Liège DP 1891 II 281

2) Cass, civ. D crit. 1942, 63

3) über Ausnahmen vgl. Kapitel 3

4) S 1946 II 121

5) DP 1924 II 116

mußten. Der Arzt führte die erweiterte Operation durch, ohne die Patientin nochmals zu befragen. Diese verlor ihre Gebärfähigkeit und verklagte deshalb den Arzt.

Das Gericht sprach den Arzt frei, da dieser nach den Regeln der ärztlichen Kunst und mit Einverständnis der Patientin eingegriffen habe 1).

Die moderne französische Rechtsprechung stimmt in der Forderung einer auf einen ganz bestimmten Eingriff gerichteten Einwilligung mit der deutschen überein. Im gleichen Sinne verlangt das Reichsgericht in seinen zivilrechtlichen Entscheidungen aus den Jahren 1939 und 1940 bereits eine genaue Beschreibung des beabsichtigten Eingriffs und die eben hierauf gerichtete Zustimmung des Kranken 2).

2. Die Aufklärung über die Zweckmäßigkeit der Behandlung

Nach deutscher und französischer Rechtsprechung ist der Patient auf die Zweckmäßigkeit des Eingriffs und seine Erfolgchancen hinzuweisen. Die Cour de Cassation verwandte die Formulierung von der Notwendigkeit der Unterrichtung über "l'utilité", die Nützlichkeit, einer Operation 3); das Reichsgericht verlangte ebenfalls die diesbezügliche Aufklärung des Patienten 4).

3. Die Aufklärung über ungünstige Folgen der Behandlung

Die Unterrichtung über die Behandlungsgefahren und die möglichen nachteiligen Auswirkungen des Heileingriffs bildet den Kern des Problems der Aufklärung im Zusammenhang mit der Einwilligung. Um sie hauptsächlich drehten sich wie gezeigt die ersten Entscheidungen, denen eine Abgrenzung der aufklärungsbedürftigen Gefahren jedoch nicht gelungen war. Auch der heutigen Rechtsprechung fällt die Begrenzung nicht leicht, doch wurden die Untersuchungen konkreter und erfolgversprechender. Im französischen Bereich beschäftigen sich weitaus die meisten modernen Urteile um die Aufklärungspflicht mit diesem Gebiet, doch sind die Formulierungen zunächst wenig ergiebig.

Noch in der offiziellen Anmerkung zu der Entscheidung der Cour de Cassation vom 28. I. 1942 5) wird eine Aufklärung nur ganz allgemein dann für notwendig gehalten, wenn "... l'intervention offre quelque danger ou la traitement

1) vgl. hierzu auch Rabut in seiner Anm. zu Douai S 1946 II 121

2) RGZ 163, 129 und RG DR 1940, 506

3) D crit. 1942, 63

4) RG JW 1932, 3328

5) Gaz. Pal. 1942 I 177

quelques risques."

Auch das die vorzitierte Entscheidung der Cour de Douai 1) bestätigende Urteil der Cour de Cassation vom 27. 10. 1953 2) führt mit der Forderung nach einer Unter-
richtung über die "conséquences graves" nicht weiter. Die Cour de
Grenoble formulierte in einer Entscheidung vom 5. 11. 1949 3) nur allgemein:

"Le chirurgien a le devoir d'avertir le malade des risques
courus par lui ..."

Sie beläuft im konkreten Fall - ein Tuberkulosekranker hatte aufgrund einer Spritze
die Lähmung des rechten Armes davongetragen - eine Verpflichtung zur Aufklärung
ab. Bei diesen Lähmungsverletzungen handele es sich um eine "complication extré-
mement rare, donc exceptionnelle et imprévisible". Im Hinblick auf
diese "éventualité d'un risque rarissime" könne eine Aufklärung mit Rücksicht
auf die den Ärzten zu belassende Freiheit und Initiative nicht verlangt werden.
Wir finden also eine Wiederholung der bereits aufgetauchten Beschränkung der Auf-
klärung auf die voraussichtbaren, normalen Behandlungsgefahren.

Einen entscheidenden Schritt auf dem Weg der Konkretisierung der aufklärungsbe-
dürftigen Gefahr wagte erst die Cour de Lyon im Jahre 1952 4). Es handelte
sich um einen Parallelfall zu der Entscheidung des BGH vom 19. 7. 1954, die den
neuerlichen Anstoß zur Diskussion über die Aufklärungspflicht in Deutschlang
gab, 5) also um ein französisches "Elektroschockurteil":

Die Patientin klagte über Depressionszustände und wurde zunächst mit
Medikamenten, schließlich aber mit Elektroschock behandelt. Bereits
beim ersten Schock zog sie sich eine Kopfverrenkung und Brüche bei-
der Schulterbeine zu.

Die Cour hat eine Aufklärungspflicht des Arztes hinsichtlich der Möglichkeit die-
ser Behandlungsfolgen bejaht. Die grundlegende Verpflichtung des Arztes, vor je-
dem Eingriff die Einwilligung des Patienten einzuholen, habe - so führt das Gericht
an - die Notwendigkeit der Risikoaufklärung unmittelbar zur Folge. Es müsse nicht
auf alle Gefahren, sondern generell nur auf die in einiger Regelmäßigkeit
und Häufigkeit auftretenden hingewiesen werden. Die an sich zwar relativ
seltenen Zwischenfälle einer Schockfraktur seien jedoch besonders schwerwiegend
und auch voraussehbar, so daß der Arzt dem Patienten ihr mögliches Eintreten
dennoch eröffnen müsse 6).

1) S 1946 II 121

2) D 1953 J 658

3) Gaz. Pal. 1949 I 216

4) JCP 1953 II 7541 = D 1951 J 323

5) sh. oben Seite 1

6) wörtlich: (les accidents) "... peuvent devenir graves dans certaines cas excep-

Abgestellt wird also ganz deutlich - wie andeutungsweise auch schon in der Entscheidung der Cour de Grenoble 1) - auf die Vorhersehbarkeit der Gefahr. Die Notwendigkeit der Unterrichtung über ein voraussehbares Risiko soll nur entfallen, "... dont la réalisation est si improbable qu'il peut être négligé ...". Diese Entscheidung hat in der französischen Lehre größtenteils heftige Kritik ausgelöst. Insbesondere SAVATIER erwidert in seiner Anmerkung 2), es könne der Forderung, den Patienten auf alle vorhersehbaren Risiken hinzuweisen vernünftigerweise unmöglich entsprochen werden. Das hieße Natur und Sinn der ärztlichen Aufgabe vollständig verkennen, der Arzt könne dem Patienten nicht vor jedem Eingriff einen regelrechten Vortrag halten. Und der gleiche Savatier, der - wie noch zu zeigen sein wird - so scharfe Worte gegen den "impérialisme médical" gefunden hat 3), ruft nun voller Unmut aus 4):

"Tout doit donc, croyons-nous, rester dans la mesure!"

Die Wahrheit, die der Arzt dem Patienten zweifelsohne schulde, sei "une vérité de grandes lignes et non de détails, de généralités et non d'exceptions"; nur die normalerweise einzugehenden Risiken müsse der Arzt dem Patienten mitteilen.

Die Entschiedenheit und Heftigkeit dieser Kritik dürfte jedoch auf einem Mißverständnis beruhen. Wenn auch der Grundsatz aufgestellt wird, daß alle voraussehbaren Gefahren mitgeteilt werden müssen, so darf doch die Einschränkung hinsichtlich der unwesentlichen Risiken nicht ganz übersehen werden. Zwar läßt die negative Abgrenzung der nicht aufklärungsbedürftigen geringen Gefahren die Tendenz zu einer möglichst weiten Ausdehnung der Aufklärungspflicht erkennen, doch kann die Entscheidung - wie sich aus dem sie bestätigenden Urteil der Cour de Cassation vom 8. 11. 1955 5) ergibt - nur dahin verstanden werden, daß neben den "normalen" Eingriffsgefahren auch voraussehbare seltenere mitgeteilt werden müssen, wenn sie schwere Nachteile mit sich bringen können 6).

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 39:

tionnelles de telle sorte, que leur rareté relative ne les rend pas imprévisibles et n'autorise pas le médecin à dissimuler au malade leur éventualité."

1) a. a. O.

2) JCP 1953 II 7541

3) in D 1952 chron. 157

4) JCP 1953 II 7541

5) JCP 1955 II 9014

6) Diese Auslegung wird durch spätere Entscheidungen der Cour de Lyon bestätigt. In einem Urteil aus dem Jahre 1954, D 1955 somm. 6 stellt sie ausdrücklich auf die "risques graves" ab. Ganz deutlich wird die Einschränkung in der Entscheidung vom 12. 4. 1956, D 1956 J 439: Ein Patient bekam aufgrund der Einspritzung

Neben der Häufigkeit des Auftretens einer Komplikation wird also die Tragweite des Risikos als Abgrenzungskriterium herangezogen.

Vergleichen wir dies Ergebnis mit dem Elektroschockurteil des BGH 1), so finden wir eine verwandte, sogar in den Mißverständnissen ähnliche Lage vor. Auch der BGH bejaht eine Aufklärungspflicht hinsichtlich der Bruchgefahr bei Elektroschockbehandlung und zwar mit der Begründung, es handele sich um eine stets mitzuteilende typische Gefahr der Therapie. Gegen die Forderung nach Aufklärung über alle "typischen Gefahren" 2) richtete sich alsbald der Protest der Ärzte, der teilweise sicher ebenfalls einem Mißverständnis entspringt.

In der medizinischen Terminologie versteht man unter typischen nämlich alle charakteristischen Eingriffsgefahren, das sind alle, die im Zusammenhang mit gerade dieser Behandlung oder diesem Eingriff erwartet werden können.

Die Ärzte glaubten sich also plötzlich - ganz ähnlich wie die Leser der Entscheidung der Cour de Lyon 3) in Frankreich - der Forderung gegenübergestellt, den Patienten mit allen in ihrem Sinne typischen, also allen medizinisch voraussehbaren, weil als charakteristisch erkannten Gefahren vertraut machen zu müssen. So wollte jedoch der BGH den Begriff der typischen Gefahr keineswegs ausgefüllt wissen. Er versteht hierunter vielmehr nur die mit einer bestimmten Häufigkeit auftretenden nachteiligen Behandlungsfolgen - nach seiner eigenen Definition in der Elektroschockentscheidung alle Schäden, "... die nicht nur in äußerst seltenen = atypischen Fällen auftreten ..." - und hat die an diese Häufigkeit zu stellenden Anforderungen in mehreren Entscheidungen konkretisiert 4).

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 40:

eines Kontrastmittels zur Venenröntgung eine Venenentzündung, verbunden mit mehreren Lungenschlägen. Die Cour verneinte eine Aufklärungspflicht mit der Begründung, daß, wenn auch die Vorhersehbarkeit einer Behandlung generell eine Hinweispflicht begründe, dies doch nicht für "... toutes les conséquences défavorables possibles, mêmes les plus hypothétiques ..." gelten könne.

- 1) sh. oben Seite 1. Der Entscheidung lag ein dem französischen Urteil ganz ähnlicher Sachverhalt zugrunde: die Patientin erlitt eine Wirbelfraktur.
- 2) Im Anschluß an diese erste BGH-Entscheidung geht ein Großteil der deutschen Rechtsprechung von diesem Begriff aus: vgl. u. a. OLG Stuttgart NJW 1958, 263; OLG München VersR 1960, 953; OLG Bremen VersR 1954, 496; sh. dazu auch Schwalm MDR 1960, 724 sowie Schriftenreihe S. 25 und darüber hinaus weitere Entscheidungen des BGH selbst im VersR 56, 407 und 479 und BGHZ 29, 57/58.
- 3) Lyon a. a. O.
- 4) In der Elektroschockentscheidung setzte der BGH eine 7%ige, in BGHZ 29, 182 sogar nur eine 5 bis 6%ige Häufigkeit des Gefahreneintritts voraus, um die Aufklärungspflicht zu begründen. Vgl. auch BGH NJW 1963, 393

Die Betrachtung kann hinsichtlich des französischen Rechts durch zwei Entscheidungen der Cour de Cassation aus neuester Zeit ergänzt werden. Die erste, vom 21. 2. 1961 1) behandelt den "Cas Rousselin/Angamarre":

Die Patientin litt an einer Hüftgelenkversteifung, die der Arzt "... tout à fait opérable ..." nannte. Daraufhin unterzog sich die Patientin der Operation; diese mißlang jedoch.

Das Gericht verneinte eine Aufklärungspflicht, da die Äußerung des Arztes nicht als Zusicherung völliger Risikolosigkeit anzusehen sei und die Behandlung keine "risques graves" mit sich bringe.

Die zweite Entscheidung stammt vom 14. 4. 1961 2):

Der Arzt hatte mit Einwilligung des Patienten eine Arteriographie vorgenommen. Es stellten sich Beschwerden ein, die den Patienten für zwei Monate ans Bett fesselten. Ursache war die Fehlleistung eines medizinischen Apparates.

Die Erstrichter hatten dem Patienten eine Schadensersatzforderung mit der Begründung zugestanden, es handele sich hier um ein "accident fréquent" auf das der Arzt den Patienten hätte aufmerksam machen müssen.

Die Cour de Cassation bestätigte die Entscheidung (unter Verwerfung des gegenteiligen zweitinstanziellen Urteils) und stellte ebenfalls auf den Begriff des normalen Risikos ab. Entscheidend ist "... le caractère d'un risque normal, qui aurait impliqué pour le praticien l'obligation d'en informer son client."

Der entscheidende Gesichtspunkt zur Bestimmung einer Gefahr als normal oder anormal ist auch im französischen Recht die Häufigkeit ihres Eintretens 3).

Es scheint also der Begriff des "risque normal" dem der "typischen Gefahr in etwa zu entsprechen 4).

An die Häufigkeit des Eintretens werden jedoch im deutschen Recht geringere Anforderungen gestellt, so daß schließlich die meisten Risiken als typisch und damit bereits aus diesem Grund als aufklärungsbedürftig qualifiziert werden.

Die französischen Gerichte begrenzen den Begriff der normalen Gefahren-

1) JCP 1961 II 12129

2) Gaz. Pal. 1961 II 53

3) vgl. Anm. zu Cass. civ. Gaz. Pal. 1961 II 53

4) Den Begriff der "normalen Gefahr" verwandte bereits Eberhard Schmidt, Der Arzt im Strafrecht S. 101, am Anfang der gesamten Diskussion. Er erscheint im Hinblick auf die Verwechslungsgefahr mit dem medizinischen Terminus wenn auch ebenfalls nicht umfassend, so doch immer noch besser als der des "typischen Risikos".

ger 1), erfassen darüber hinaus aber auch an sich anormale Risiken unter dem Gesichtspunkt ihrer besonderen Tragweite und wägen sie mit den jeweiligen Heilungschancen ab 2).

Den Gesichtspunkt der Proportionalität zwischen Eingriffsgefahr und voraussichtlichem Heilungserfolg berücksichtigen aber nun auch die deutschen Entscheidungen neben dem der Häufigkeit des Eintritts der nachteiligen Folgen 3).

Im Ergebnis wird in beiden Rechtsordnungen - wenn auch unter verschiedener Betonung der Abgrenzungskriterien - eine Aufklärung in etwa gleichem Umfang gefordert, ohne daß der alle maßgeblichen Gesichtspunkte umfassende Abgrenzungsbegriff schon gefunden und verwandt worden wäre.

Gemeint ist sowohl im deutschen als auch im französischen Recht, daß der Patient über alle Gefahren unterrichtet werden muß, die für seine Entscheidung wesentlich sein können 4). Der Arzt hat den Kranken über die Behandlungsrisiken zu belehren, die bei der Entscheidung eines verständigen Patienten ins Gewicht fallen können 5).

Da Ziel der Aufklärung eine echte Selbstbestimmung des Patienten, seine wirksame Einwilligung ist, muß sie sich auf alle und andererseits nur auf die möglichen Irrtümer des Patienten erstrecken, die diese Wirksamkeit beeinträchtigen könnten. Dabei ist dann selbstverständlich auf das sich jeweils aus den konkreten Umständen des einzelnen Falles ergebende Risiko abzustellen 6).

- 1) so daß ihm z. B. die 7%ige Bruchgefahr bei Elektroschockbehandlungen nicht unterfällt.
- 2) vgl. Lyon JCP 1953 II 7541; Trib. civ. de la Seine DP 1936 II 9 mit Anm. Debois, bestätigt durch Paris DH 1937, 340.
- 3) z. B. BGH NJW 1956, 1106; BGHZ 29, 182; BGH VersR 1956, 407; vgl. auch BGH NJW 1963, 394; zur Frage einer verschärften Aufklärung für kosmetische Eingriffe OLG Düsseldorf vom 20. 12. 62, NJW 1963, 1679; BGH NJW 1959, 825 zur Unterscheidung "notwendiger" und "gegebener" Eingriff.
- 4) vgl. hierzu besonders die deutschen Autoren Schwalm, MDR 1960, 722; Kleinewefers, VersR 1962, 197 und Ziegler § 6 I 3 b, sowie die Formulierung des StGBE in § 162 III: "Die Tat ist auch dann nicht nach Abs. 1 strafbar, wenn ein Arzt eine Heilbehandlung (§ 161) an einem anderen vornimmt, ohne daß dieser im Sinne des Abs. 1 eingewilligt hat, weil er vorher nicht über die für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufgeklärt worden ist, aber ...".
- 5) So auch Ziegler § 6 I 6 Fußn. 11
- 6) vgl. zum deutschen Recht u. a. Schwalm, Schriftenreihe S. 26; Eberhard Schmidt S. 101.

Dies muß - obwohl keine ausdrückliche Bestätigung und Abwendung von der gegen teiligen früheren Rechtsprechung zu finden ist, auch für das französische Recht gelten, da eben die "connaissance de cause" nur jeweils auf den Einzelfall bezogen werden kann.

Wie entscheidend die dogmatische Einordnung der Aufklärungspflicht als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung für die Bestimmung ihres Umfanges ist, zeigt sich nun ganz deutlich. Die Abgrenzungsversuche der Gerichte beschäftigen sich ja eigentlich alle mit dem Problem, wann denn nun der Arzt einen Irrtum als wesentlich und die Erklärung des Patienten somit als unwirksam erkennen muß, im Grunde also mit der Frage der Auslegung der Äußerung des Kranken. In diesem Zusammenhang sind alle Abgrenzungskriterien der Rechtsprechung verwertbar und auch im Ansatz richtig. Denn das für einen "verständigen" Patienten entscheidende Risiko wird eben durch die Häufigkeit seiner Verwirklichung einerseits und durch die Relation zum dagegenstehenden erwarteten Heilerfolg andererseits bestimmt.

Wie in allen Auslegungsfragen sind eindeutige Richtlinien nicht möglich und Differenzen nicht vermeidbar. Möglicherweise hält das französische Recht ein Risiko deswegen nicht so schnell für entscheidungsbeeinflussend, weil ein nach seiner Auffassung "verständiger" Mensch es zur Erhaltung der so hoch bewerteten Gesundheit eben in Kauf nimmt. Da das deutsche Recht sich dieser Sonderbewertung enthält, wird es zu der Auffassung neigen, daß man auf die Möglichkeit der Rettung oder Wiederherstellung dieser Gesundheit auch wegen eines verhältnismäßig geringen Risikos mit guten Gründen verzichten kann. Aus dieser Grundauffassung heraus werden die französischen Gerichte im Verhältnis zu den deutschen zu einer engeren Begrenzung der Aufklärungspflicht tendieren, wenn auch die Grundlagen und Ansatzpunkte die gleichen sind.

4. Die Aufklärung über den Befund

Die Notwendigkeit einer Aufklärung über den Befund ergibt sich im Hinblick auf die Wirksamkeit der Einwilligung ebenfalls immer, wenn der Irrtum des Patienten über die Diagnose für die Erteilung der Zustimmung maßgebend ist, der Patient also in Kenntnis der wahren Lage nicht einwilligen würde. Dies wird regelmäßig nur dann anzunehmen sein, wenn der Patient sein Leiden schwerer einschätzt als es in Wirklichkeit ist und aus diesem Grunde ein Behandlungsrisiko eingeht.

Hierher gehört zum Beispiel eine Entscheidung der Cour d'Angers vom 4.3. 1947 1):

Ein Arzt diagnostizierte mit großer Wahrscheinlichkeit einen bösartigen Tumor im Bein des Patienten und schlug die Amputation vor, indem er dem Kranken seine Diagnose als sicher hinstellte. Der Patient willigte ein, nach vollzogener Operation aber stellte sich die Harmlosigkeit der Wucherung heraus.

1) D 1948 J 298

Die Cour verurteilte den Arzt, da er ohne wirksame Einwilligung eingegriffen habe. Die Zustimmung des Patienten war unwirksam weil nicht "éclairé". In seiner Anmerkung interpretiert SAVATIER 1) die Entscheidung dahin:

"La véritable faute que la Cour d'Angers condamne chez le chirurgien a été de s'estimer assez sûr de cancer pour n'avoir besoin de consulter le malade ..."

und weiter:

"L'absence de consentement du malade n'existe, le plus souvent, que parce qu'il se fait de son mal une autre idée que le chirurgien ..."

Der Arzt hätte also den Patienten über den Wahrscheinlichkeitsgrad der Diagnose aufklären müssen 2). Indem er sie als sicher hinstellte, rief er beim Patienten die Vorstellung von einem schweren Krankheitsbild hervor, schwerer als wirklich gegeben war, und veranlaßte ihn so zur Zustimmung zu dem Eingriff.

Willigt der Patient in eine Behandlung in der Meinung ein, ein harmloses Leiden solle behoben werden und ist er in Wahrheit viel schwerer krank, so ist dieser Irrtum über den Befund nicht geeignet, die Wirksamkeit der Einwilligung zu beeinträchtigen; denn als "verständiger" Patient hätte er seine Zustimmung in Kenntnis des wahren Sachverhalts erst recht gegeben. Das viel diskutierte Problem einer Aufklärung über einen Krebsbefund oder über eine sonstige schwerwiegende Diagnose taucht also im Zusammenhang mit dem Selbstbestimmungsrecht im eigentlichen Sinne beim behandlungsbereiten Patienten gar nicht auf 3).

Im französischen Recht wird - über den geschilderten Fall hinaus - eine Aufklärung über den Befund in diesem Zusammenhang soweit ersichtlich nie verlangt. Die deutsche Rechtsprechung hat die Bekanntgabe insbesondere des Krebsbefundes ebenfalls als unerwünscht bezeichnet 4). Lediglich für den Fall, daß der Patient in Unkenntnis der Schwere seiner Erkrankung die Zustimmung zu einer notwendigen Behandlung verweigert kann der Arzt zur Aufklärung über den Befund verpflichtet sein, um eine Einwilligung dennoch zu erlangen 5).

1) D 1948 J 299

2) vgl. zu dieser Forderung entsprechend im deutschen Recht vor allem Engisch, Operation, S. 1328.

3) vgl. auch Ziegler § 6 I 4

4) vgl. u. a. RGZ 163; BGHZ 29, 184/185

5) RGZ a. a. O.; BGHZ a. a. O.; entsprechend sagt auch Mazeaud, Bd. I No. 511: "... un pronostic grave peut être dissimulé ... quand sa révélation n'est pas nécessaire pour obtenir du malade le consentement ..."; vgl. dazu noch Savatier Anm. zu Angers D 1948 J 299.

Diese Aufklärung zur Erlangung der Einwilligung dient jedoch nicht mehr dem Ablehnungsrecht des Patienten, sondern einer richtigen positiven Selbstbestimmung 1).

5. Die Aufklärung über verschiedene Behandlungsmethoden

Nach deutscher Rechtsprechung ist eine Aufklärung über die Therapie jedenfalls dann notwendig, wenn der Arzt eine Behandlung vorsieht, die nicht üblich ist und von den Vertretern der Wissenschaft weitaus überwiegend abgelehnt wird 2). Eine Unterrichtung ist aber auch schon immer dann erforderlich, wenn es nach der *lex artis* verschiedene Behandlungsmöglichkeiten gibt; lediglich wenn die allein übliche Regelmethode angewandt wird, kann von einer Aufklärung abgesehen werden, da die Kenntnis anderer, weniger häufiger Methoden als für die Einwilligung des Kranken unwesentlich angesehen werden kann 3).

Ganz ähnlich wiederum gestaltet sich die Lage in Frankreich. Die *Cour de Cassation* formulierte 4):

"Les juges du fait peuvent estimer qu'un chirurgien commet une faute qui engage sa responsabilité en n'avertissant le malade du choix entre deux méthodes curatives ..."

Die *Cour d'Aix* verlangt in einer Entscheidung vom 14. 2. 50 eine Aufklärung über verschiedene Möglichkeiten der Anästhesie 5) und SAVATIER bejaht ebenfalls eine Aufklärungspflicht hinsichtlich verschiedener Behandlungsmethoden 6):

"... il y a normalement, dans tout traitement, un choix; et c'est ce choix qui, en définitive, appartient au patient."

Doch soll die Aufklärung dann nicht erforderlich sein, wenn der Arzt eine anerkannt bessere und gefahrlosere Methode anwenden will.

Eine Unterrichtung ist also bei verschiedenen nach der *lex artis* anerkannten Methoden in beiden Rechtsordnungen notwendig, es sei denn, eine Behandlungsweise sei

1) vgl. unten Seite 48 f.

2) RG HRR 1938 No. 857.

3) vgl. dazu RG St 67, 12; BGHZ 29, 187

4) in der Entscheidung vom 28. 1. 1942, D crit. 1942, 63. Der Arzt hatte einen Bruch operativ gerichtet, ohne den Patienten auf die Möglichkeit der Behandlung durch bloßes Eingipsen aufmerksam zu machen.

5) Gaz. Pal. 1950 I 282. "Le malade, étant seul juge du risque à courir, devait être averti du l'accroissement des risques et des conséquences facheuses qui pouvaient résulter du procédé d'anesthésie envisagé ..." Vgl. dazu Anm. Vienne Gaz. Pal. 1950 I 282

6) Sh. Anmerkung zu Lyon, JCP 1953 II 7541

deutlich die beste und daher eben auch die Regel.

6. Der Einfluß der Persönlichkeit des Patienten auf den Inhalt der Aufklärung

Der Arzt kann und soll dem medizinischen Laien keinen in die Einzelheiten gehenden wissenschaftlichen Vortrag halten, sondern ihm lediglich eine - wenn wir den von MEZGER in anderem Zusammenhang so treffend geprägten Ausdruck 1) hier verwenden dürfen - "Parallelwertung in der Laiensphäre" ermöglichen. Intelligenzgrad und Aufnahmefähigkeit des Kranken sind daher für das Aufklärungsgespräch von großer Bedeutung 2). Einem einfachen Menschen wird der Arzt seinen Zustand in einfachen Worten verständlich zu machen versuchen, während er einem etwa medizinisch interessierten Patienten unter Umständen nähere Einzelheiten schuldet.

Auf den Gebrauch der einschlägigen medizinischen Termini kann es regelmäßig nicht ankommen:

Die Cour de Cassation 3) hat zum Beispiel dem Arzt keinen Vorwurf daraus gemacht, daß er der an einem "mucocèle frontal" erkrankten Patienten ihren Zustand mit dem Wort "sinusite", Vereiterung, erklären wollte; denn dies sei nur mit dem Ziel geschehen, der Patientin ihre Krankheit ihrem Intelligenzgrad gemäß zu verdeutlichen.

Im einzelnen läßt sich auch die Art und Weise der Aufklärung dem Arzt nicht vorschreiben oder gar ein für alle Mal in bestimmten Kategorien festlegen.

"Le problème est donc", sagt SAVATIER 4), "de convertir la connaissance complexe et technique en un indication simple et approximative, restant, dans sa sincérité, accessible au malade."

III. Zusammenfassung

Der Vergleich der Entscheidungen zeigt, daß die für die Aufklärung zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts im eigentlichen Sinne aufgestellten Grundsätze im deutschen und französischen Rechtsbereich im wesentlichen übereinstimmen.

Dieses Zwischenergebnis darf jedoch nicht zu dem verfrühten Schluß verleiten, daß die in Deutschland so angefochtene Auffassung der Gerichte in Bezug auf die ärzt-

1) Lehrbuch S. 328

2) Darauf legen insbesondere die französischen Autoren großes Gewicht, vgl. Pharaon S. 6; Perreau bereits in seiner Anm. zur Entscheidung des Trib. civ. d'Aix vom 22. 10. 1906, S 1909 II 321.

3) JCP 1961 II 12129

4) Traité No. 251; vgl. auch Anm. zu Cass. civ. JCP 1961 II 12129.

liche Aufklärung demnach voll bestätigt werde.

Nicht die Frage nach der Anerkennung dieser Grundsätze, sondern die Möglichkeit und Notwendigkeit ihrer Ausschaltung bei Gefahr einer Heilungseinträchtigung bildet den eigentlichen Diskussionsgegenstand.

Erst in der Beurteilung dieser Konfliktsfälle können sich wirkliche Übereinstimmung oder im Ergebnis unterschiedliche Betrachtung erweisen 1).

TEIL 2

AUFKLÄRUNG UND POSITIVE SELBSTBESTIMMUNG DES PATIENTEN

Die Aufklärung als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung umfaßt, da sie dem Ablehnungsrecht des Patienten dienen soll, nur die jeweils gegen die geplante Behandlung sprechenden Gesichtspunkte.

Es kann jedoch der umgekehrte Fall eintreten, daß der Patient einen für seine Gesundheit unbedingt notwendigen Eingriff - auch oder gerade erst nach erfolgter Aufklärung über dessen Gefahren - ablehnt, ohne sich der Schwere seiner Krankheit und damit der Dringlichkeit der Behandlung voll bewußt zu sein.

Auch hier fällt der Patient eine Entscheidung, lehnt den vielleicht rettenden Eingriff ab, ohne seine Lage zu kennen. Er handelt auch hier nicht "en connaissance de cause".

Im Unterschied zum Vorhergehenden handelt es sich jedoch nicht mehr um die Frage, ob der Arzt einen Eingriff vornehmen, sondern darum, ob er ihn eben auf Grund der Ablehnung des Patienten unterlassen darf. Er darf ihn unter Umständen deshalb nicht unterlassen, weil er vom Patienten den Auftrag zur bestmöglichen Behandlung und Heilung erhielt. Wenn auch dieser Auftrag unter dem Widerrufsvorbehalt des Patienten steht, so kann doch in diesem Zusammenhang ebenfalls nur eine wirklich in Kenntnis der maßgeblichen Umstände getroffene Entscheidung von Bedeutung sein.

Die deutsche Rechtsprechung 2) hat die Verpflichtung des Arztes ausgesprochen, den die Heilung ablehnenden Patienten mit der wahren Bedeutung seiner Krankheit vertraut zu machen und ihn so zu einer Einwilligung zu bewegen.

Diese Frage der Aufklärung über den Befund zur Erlangung der Einwilligung wurde häufig, wohl wegen der Verknüpfung im konkreten Fall, im Zusammenhang

1) sh. dazu Kapitel 3

2) Vgl. z. B. RG St 66, 181; BGH VersR 1960, 419; BGH LM zu § 823 BGB A a No. 12

mit der Aufklärung im Hinblick auf das Ablehnungsrecht behandelt und auch von ihr begrifflich nicht getrennt. Formulierungen wie: "Aufklärung zu Heilzwecken" 1) oder, die Aufklärung über den Befund gehöre bei Ablehnung des Eingriffs "zu den Pflichten" des Arztes 2), genügen den Anforderungen einer systematischen Erfassung nicht.

Aus der französischen Rechtsprechung können wir in diesem Punkt keine Hilfe erwarten. So häufig auch die Entscheidungen zur Aufklärung im Zusammenhang mit der Einwilligung sind 3), über eine mangelnde Aufklärung zur Erlangung der Einwilligung ist keine einzige zu finden.

Daraus kann man wohl schließen, daß dem Arzt in der Beurteilung, ob er einem Patienten die wahre Diagnose mitteilen kann, ihn wohlmöglich auch ohne Einwilligung operieren darf 4) oder eine Behandlung ganz unterlassen will, ein weiterer Spielraum auch von dem sich offensichtlich unterwerfenden Patienten eingeräumt wird.

In der Literatur wird die Aufklärung über den Befund wiederum als vertragliche Verpflichtung angesprochen. Der Arzt hat grundsätzlich ganz allgemein eine "obligation à la vérité" 5).

"Non seulement le médecin n'est pas normalement autorisé à tromper le malade sur son diagnostic", sagt SAVATIER 6)

"mais il doit normalement l'en instruire. C'est d'ordinaire le meilleur moyen de s'assurer la collaboration du malade dans les mesures à prendre."

und weiter:

"Instruire suffisamment le malade sur le diagnostic est, d'ordinaire, un prélude nécessaire de la loyauté du traitement."

Wieder führt der Hinweis auf das Vertragsrecht zur Klärung.

In der Regel besteht ja zwischen Arzt und Patient ein Vertragsverhältnis, dessen Hauptinhalt regelmäßig die Heilung des Kranken ist. Der Arzt verpflichtet sich, den Patienten gesund zu machen, soweit dieses medizinisch möglich ist. Kann nun der Arzt die nach der lex artis gebotene Maßnahme wegen der Weigerung des Patienten nicht durchführen, so muß er dies den Vertragszweck beeinträchtigenden

1) RGSt 66, 181

2) BGH St LM zu § 230 StGB No. 6

3) die die Forderung nach Mitteilung des Befundes aber nur in dem bereits geschilderten Umfang verlangen. Sh. oben S. 44

4) vgl. dazu näher das folgende Kapitel, insbesondere S. 72

5) vgl. vor allem Savatier, Traité No. 269

6) a. a. O.

de Hindernis zu beseitigen suchen.

Die Verpflichtung des Arztes, den Patienten unter Aufklärung über die für die Behandlung sprechenden Tatsachen - vor allem also über den Befund - zur Einwilligung in die medizinisch gebotene Behandlung zu bewegen, ergibt sich demnach unmittelbar aus dem vertraglichen Heilauftrag 1).

Dieser Heilauftrag ist Ausdruck einer positiven, auf der Privatautonomie beruhenden Entscheidung des Patienten, die der Arzt ebenso zu beachten hat, wie dessen ablehnende Äußerung. 2)

Beide Aufklärungspflichten, die zur Erlangung der Einwilligung und die zur Sicherung ihrer Wirksamkeit, stehen in Wechselwirkung. Der durch die eine herbeigeführte Entscheidung des Patienten kann durch die andere in Frage gestellt oder ganz aufgehoben werden.

Wenn diesem "Wechselspiel" auch manche Skepsis entgegengebracht werden kann, so ist es doch unter Umständen zur Erlangung der tatsächlich gewollten Erklärung des Patienten notwendig und birgt - in der Wirklichkeit einer einheitlichen Unter- richtung - auch weniger Gefahren als es nach der nur theoretischen Betrachtung den Anschein haben könnte.

1) vgl. Andeutungen hierzu bereits bei Engisch, Operation S. 1328: "Man kann den Arzt auch schon aus dem Konsultations- und Behandlungsvertrag als verpflichtet ansehen, den Patienten aufzuklären." Darüber hinaus vgl. Friedrich, VersR 1954, 329 und vor allem Ziegler § 14; doch handelt es sich hier nicht, wie Ziegler meint, um ein von der Fragestellung Selbstbestimmung - Aufklärung völlig getrenntes Gebiet, sondern, wie sich schon aus den Ausführungen im ersten Kapitel ergibt, nur um die positive Gegenseite des Selbstbestimmungsrechts im eigentlichen Sinne. Wie wichtig diese nicht nur theoretische Gesamtbetrachtung ist, wird das folgende Kapitel zeigen.

2) Kann ein Vertrag in Eil fallen nicht geschlossen werden, kommt es auch nicht auf die Einwilligung des Patienten an; eine Aufklärung zu ihrer Herbeiführung entfällt. Die Rechtfertigung des Arztes ergibt sich aus besonderen Grundsätzen, vgl. oben Seite 20

Fälle, in denen zwar kein Vertrag aber dennoch ein Heilauftrag mit den sich daraus ergebenden Aufklärungsverpflichtungen besteht, sind an sich nur bei Unwirksamkeit des Arztvertrages denkbar. Heilverpflichtung und Aufklärungspflicht können in diesen Fällen auf einer Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun beruhen, ihre Verletzung kann sich als unerlaubte Handlung herausstellen.

ANHANG

AUFKLÄRUNG UNABHÄNGIG VON EINER BEHANDLUNG

Darüber hinaus kann nach beiden Rechtsordnungen eine Verpflichtung zur Aufklärung des Patienten insbesondere über den Befund auch unabhängig von einem geplanten Eingriff oder sonstigen konkreten Heilauftrag bestehen, damit ihm ein seinem Zustand gemäßes weiteres Verhalten ermöglicht wird 1).

Eine solche allgemeine Aufklärungspflicht wurde anfänglich zum Beispiel von EBERMAYER allein unter diesem Stichwort behandelt 2).

Im weitesten Sinne dient auch sie der Förderung einer echten Selbstbestimmung des Patienten, denn sie soll ihm zukünftige Entscheidungen in Kenntnis der wesentlichen Umstände ermöglichen. Es kann sich dabei um den Entschluß zu medizinischen Vorsichtsmaßnahmen oder auch um ganz allgemeine Lebensentscheidungen wie etwa die des unheilbar Kranken zur Errichtung eines Testamentes handeln. Diese Aufklärungspflicht kann sich als selbständige Verpflichtung ebenfalls aus dem Arztvertrag ergeben, wenn dieser auf Auskunftserteilung gerichtet ist 3), sie kann aber auch auf Treu und Glauben beruhen.

Im französischen Recht soll diese Aufklärungspflicht als Teil der allgemeinen "obligation à la vérité" grundsätzlich wohl immer Vertragsinhalt sein 4).

1) vgl. zum französischen Recht Savatier, *Traité* No. 269 und Mazeaud Bd. I No. 511; zum deutschen RG HRR 1937 No. 1429 und RG Warn. Rspr. 1938 No. 128

2) vgl. Ebermayer, *Der Arzt im Recht*, S. 98, ähnlich noch RG St 66, 181

3) Es müssen also grundsätzlich zwei übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen, vgl. zum deutschen Recht LG Köln NJW 1956, 1112

4) Savatier, *Traité* No. 269

3. KAPITEL

AUFKLÄRUNG UND HEILAUFRAG

A. DIE ÄRZTESCHAFT ALS GEGENPOL DER JURISTEN IN DER
DISKUSSION UM DIE AUFKLÄRUNG DES PATIENTEN

I. Die Argumentation der Ärzte

Den bisher dargelegten juristischen Aufklärungsgrundsätzen ist in Deutschland wie in Frankreich vor allem von den Ärzten entscheidender, in Intensität und Angriffsrichtung allerdings zum Teil unterschiedlicher Widerstand entgegengesetzt worden, der das Problem "Aufklärungspflicht" erst in dem vorliegenden Ausmaß zu einem aktuellen gemacht hat.

Die Ärzte wehren sich dagegen, dem Patienten möglicherweise durch Aufklärung entgegen ihrem hippokratischen Eid schaden zu müssen.

In Deutschland wird zwar der juristische Grundsatz der Selbstbestimmung des Patienten auch von der Ärzteschaft größtenteils anerkannt, doch soll er in der Praxis häufig als unrealisierbar zurücktreten müssen.

Es sei - so wird argumentiert 1) - in vielen Fällen gar nicht möglich, eine echte Entscheidung des Patienten zu erlangen, da dieser durch seine Krankheit und eine zusätzliche Verwirrung durch die Aufklärung in einen Zustand gerate, der ihm eine überlegte Entscheidung unmöglich mache. Im übrigen wolle der Patient in Wahrheit keine Aufklärung, insbesondere keine über einen negativen Befund 2). Selbst aber, wenn der Patient seinen Willen zur Aufklärung deutlich zum Ausdruck bringe und sich darüber hinaus "in entscheidungsfähigem Zustand" befinde, sei eine heilungsschädliche Aufklärung nicht geboten. Die höchste Pflicht des Arztes sei es nämlich zu heilen, nicht aber, den Patienten aufzuklären: "Salus aegroti suprema lex" 3). Im Fall eines Konfliktes zwischen dem Heilauftrag und der Verpflichtung zur Beachtung der Selbstbestimmung des Patienten soll also die

1) vgl. anstelle von vielen Roemer, Schriftenreihe S. 10

2) vgl. z.B. Neukirch JW 1932, 3329

3) vgl. Corpus Hippocraticus S. 23 No. 11: "Auch muß man während der ärztlichen Dienstleistung das meiste dem Patienten verheimlichen."

Sh. auch Köstlin S. 70, Perret S. 17, Roemer JZ 1960, 137 und Schriftenreihe S. 5 ff. und 17 wo er sagt, der Arzt müsse davon ausgehen, daß sein Vertrag mit dem Patienten in erster Linie den Heilauftrag beinhalte und die heilungsschädliche Aufklärung eigens expressis verbis zum Inhalt des Vertrages gemacht werden müsse.

letztere immer zurücktreten 1).

Wenn auch bereits die aus einer Defensivstellung gegen die Rechtsprechung hervorgegangene Argumentation der Ärzte in Deutschland eine akute Auseinandersetzung heraufbeschworen hat, so ist dies doch in Frankreich noch wesentlich extremer der Fall. Ein großer Teil der französischen Ärzte beschränkt sich nicht auf die Verfechtung von Ausnahmen, sondern greift die Befugnis des Patienten zur Selbstbestimmung auch dem Grundsatz nach an.

Immer wieder wird betont, der Patient sei überhaupt nie in der Lage, das für ihn Richtige zu erkennen.

Insbesondere der berühmt gewordene Professor PORTES, dessen Schule sich viele französische Ärzte angeschlossen haben, hält den Kranken generell für "unmündig" 2):

"On peut ... avec forts raisons, assimiler le patient à un mineur et le médecin à un père ou à un tuteur ..."

und wird dabei auch von anderer Seite 3) mit der Ansicht unterstützt, der Patient sei

"... un enfant en état de défiance, d'opacité intellectuelle, qu'il s'agit de consoler ou d'approuver, mais dont on ne peut attendre aucun consentement valable, auquel on doit taire la nature et l'ampleur de son mal."

Diese Behauptungen übertreffen an Radikalität bei weitem alle Äußerungen deutscher Ärzte.

Sie entspringen nicht mehr einer Verteidigungsposition, sondern einem starken eigenen Machtanspruch. Dieser kommt nicht nur durch einzelne Stimmen in der Literatur zum Ausdruck, er bestimmt auch das Bild der offiziellen ärztlichen Kodifikationen:

Der erste "Code de Déontologie" 4) enthielt in seinem Artikel 30 sogar die Forderung, der Arzt

"... doit s'efforcer d'imposer l'exécution de sa décision ..." 5),

1) Zu diesem Ergebnis kommt auch Friedrich, VersR 1954, 384 wenn er meint, die ärztlichen Berufspflichten müßten u.U. den Vorrang vor juristischen Definitionen haben.

2) Portes S. 155

3) ohne Verfasserangabe in Concours Médical vom 7.4.1951 S.1307

4) Règlement d'Administration Publique, No. 47 - 1169 vom 27.6.1947, abgedruckt in D 1955 L 235

5) vgl. dazu vor allem Savatier D 1952 chron. 157

er solle also den Patienten zu dem als richtig befundenen Eingriff zwingen. Artikel 31 lautete:

"Un pronostic grave peut légitimement être dissimulé au malade" 1).

Im Jahre 1955 wurde dieser Code durch das Décret No. 55 - 1591 abgelöst 2). Der neue "Code de Déontologie" bestimmt in Artikel 34:

"Un pronostic grave peut légitimement être dissimulé au malade. Un pronostic fatal ne peut ni être relevé qu'avec la plus grande circonspection, mais il doit l'être généralement à sa famille, à moins que le malade ait préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite."

Dagegen heißt es in dem neuen Artikel 29 nur noch, der Arzt solle

"... s'efforcer d'obtenir l'exécution du traitement, particulièrement si la vie du malade est en danger ...",

aber dann ausdrücklich weiter:

"mais il ne peut rien entreprendre par la force ou par la ruse."

Dieser Code ist jedoch kein die Rechtsprechung bindendes allgemeines Gesetz, sondern lediglich Disziplinarrecht 3) und enthält eine Zusammenfassung der von allen Ärzten zu beachtenden Berufs- und Standespflichten.

II. Der Einfluß der ärztlichen Auffassungen auf die Entscheidung der Streitfragen

Wenn die Ärzte auch nicht unmittelbar an der Gestaltung arztrechtlicher Fragen mitwirken können, so ist ihnen doch ein indirekter Einfluß in mehr oder weniger großem Umfang je nach ihrer Stellung im Gesamtgefüge der Gesellschaft gewiß.

Die Fortschritte der medizinischen Wissenschaft haben die Bedeutung des ärztlichen Standes gefördert, den Mediziner zum unentbehrlichen Spezialisten gemacht 4).

1) vgl. dazu vor allem Savatier D 1952 chron. 157

2) Décret vom 28.11.1955 abgedruckt in Gaz. Pal. 1955 II 814

3) Die französischen Disziplinargesetze werden vom Conseil d'Etat genehmigt. Dies verschafft ihnen jedoch nur den Charakter offiziellen Disziplinarrechts, nicht den eines allgemein verbindlichen Gesetzes. Vgl. Savatier, Traité No. 6 und Métamorphoses Bd. II No. 181; der Code hat nur "valeur para-légale".

4) vgl. dazu Savatier, Métamorphoses Bd. I No. 53 f., der in einer sehr interessanten soziologischen Untersuchung die Zusammenhänge unseres speziellen Problems mit

Im Zuge des hiermit verbundenen Erstarkens eines gesellschaftlichen Anspruchs schloß man sich in Organisationen zusammen, die durch die Wahrnehmung aller ärztlichen Belange dem medizinischen Stande selbstverwaltende Ordnung und die Anerkennung als bedeutenden soziologischen Faktor sichern sollen 1).

In Deutschland sind nach der Neuordnung des Ärzteswesens von 1945 auf Landesebene die der Landesaufsicht unterstehenden Landesärztekammern die eigentlichen Berufsorganisationen 2), die jeweils Mitglieder zum Deutschen Ärztetag 3) entsenden.

Der neunundfünfzigste Deutsche Ärztetag hat 1956 eine Berufs- und Standesordnung für die deutsche Ärzteschaft beschlossen, die von den Landesorganisationen weitgehend übernommen wurde 4). Sie enthält vor allem auch eine Zusammenfassung der ärztlichen Berufspflichten, im Gegensatz zu der des französischen Code de Déontologie jedoch keine konkrete Äußerung zum Problem der Aufklärungspflicht.

In Frankreich wurden 1945 die "Ordres Médicaux" gegründet 5), die ebenfalls der staatlichen Aufsicht unterstehen 6).

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 54:

der allgemeinen Beeinflussung des Rechts durch die immer wichtiger werdenden Spezialisten aufzeigt. Zur Bedeutung des Arztums vgl. auch Jaspers in 'Philosophie und Welt', "Die Idee des Arztes" S. 171.

- 1) Das Korporationsrecht wurde den Ärzten bereits im römischen Recht verliehen, vgl. Below S. 7, 22; doch unterstanden die ständischen Organisationen - wie auch später in den deutschen und französischen Rechtsordnungen - stets einer extrakorporativen Autorität.

Diese war in Deutschland seit der Medizinalordnung Friedrichs II. von 1204 der Staat - vgl. Cremer S. 7 - in Frankreich bis etwa zum 15. Jahrhundert die Kirche, danach ebenfalls der Staat. Vgl. dazu Savatier, Traité No. 13 ff.

- 2) vgl. dazu zum Beispiel Bayerisches Ärztegesetz vom 25. 5. 1946 und zum ganzen näher Cremer S. 42, 44
- 3) vgl. die Bundesärzteordnung vom 2. 10. 1961
- 4) abgedruckt in 'Ärztliche Mitteilungen' 1956 Heft 33, S. 943 f.
- 5) Das Korporationsrecht wurde den Ärzten in Frankreich nach vorhergehender Verweigerung durch die Rechtsprechung erst durch Artikel 13 des Gesetzes vom 13. 11. 1892 wieder eingeräumt. Vgl. Savatier, Traité No. 14 f., 60 ff. und Cass. crim. DP 1902 I 203. Der Zusammenschluß zu den "Ordres Médicaux" erfolgte aufgrund des Artikel 19 des Gesetzes vom 24. 9. 1945. Da sie eine öffentliche Aufgabe erfüllen, kommt ihnen nach herrschender Meinung die Rechtsform einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zu. Vgl. dazu im einzelnen Savatier, Traité No. 64 f.
- 6) In einer Entscheidung vom 2. 4. 1943, JCP 1944 II 2565 mit Anmerkung Célrier

Wenn sich diese "Selbstverwaltungsorganisationen" in beiden Ländern auch in etwa entsprechen, ist doch der durch sie zur Geltung gebrachte Machtanspruch der Ärzteschaft und der effektive rechtspolitische Einfluß in Frankreich erkennbar größer als in Deutschland.

Dies beruht auf einer offensichtlich stärkeren Aktivität der Ärzte innerhalb ihrer Organisationen, auf drängenderem Ausbau der Selbstverwaltung zur Mitsprache nach außen. Deutlich wird das Erstarken der soziologischen Stellung vor allem in der Schaffung des ausgeprägten umfangreichen und imperativen Disziplinarrechts 1).

Die französischen Ärzte haben durch intensivere Gestaltung ihrer eigenen Angelegenheiten und klarere offizielle Stellungnahme die an sich ebenfalls auf interne Wirkung beschränkten Ausführungen des "Code de Déontologie" mit besonderem Nachdruck in die allgemeine Diskussion hineingetragen und so ihren Verlauf wesentlich mitbestimmen können: "La sociologie va s'ouvrir les portes du droit positif". 2)

In Deutschland geht die Initiative in der Klärung der Fragen um die Aufklärungspflicht von den Gerichten aus, die den Mediziner mit einer sehr weitgehenden grundsätzlichen Forderung nach Unterrichtung des Patienten konfrontiert haben, ohne mögliche Ausnahmen deutlich abzugrenzen. Gegen dieses - wie es ihnen schien - ausnahmslose Aufklärungsverlangen setzten sich die deutschen Ärzte zur Wehr.

In Frankreich dagegen hat die Ärzteschaft ein eigenes Bild des Patienten konzipiert, dem sie über eine Emanzipation ihres Berufsrechts vom "valeur para-légale" zum "valeur légale" allgemeine Geltung verschaffen will. 3) In der Defensive scheinen sich oftmals die Juristen zu befinden, die zwar nicht ohne Beachtung der ärztlichen Argumente entscheiden wollen, einen so weit gehenden Vorstoß aber andererseits nicht dulden können.

Dieses unterschiedliche Gewicht der Diskussionspartner hat auf den Verlauf der Auseinandersetzungen einen nicht unerheblichen Einfluß und ist darüber hinaus für die

Fortsetzung der Fußnote 6 von Seite 55:

und D 1944 J 54 mit Anmerkung Donnedieux de Vabres, hat die Cour d'Etat die ärztlichen Berufsorganisationen grundsätzlich ihren Entscheidungen unterworfen und deren Befugnisse auf die Regelung interner Angelegenheiten beschränkt.

1) vgl. zur soziologischen Struktur Savatier, *Métamorphoses* Bd. II No. 177.

2) Savatier, *Métamorphoses* Bd. II No. 174

3) vgl. Savatier, *Métamorphoses* Bd. II No. 181 und zur deutschen Diskussion um die Bedeutung der sittlichen Auffassungen eines Berufsstandes für die Rechtsordnung: Kaufmann JZ 1963, 145.

Bewertung der Argumente und Entscheidungen von ausschlaggebender Bedeutung 1).

B. DIE BERÜCKSICHTIGUNG DER MEDIZINISCHEN BEDENKEN IN DER RECHTSPRECHUNG UND JURISTISCHEN LITERATUR

I. Die Rechtsprechung

Die wenigen Entscheidungen, die im Verhältnis zu der Vielzahl der die Aufklärung des Patienten allgemein betreffenden zu konkreten Fällen medizinischer Bedenken ergangen sind, haben in Deutschland die medizinischen Erfahrungen nach Auffassung der Ärzte ignoriert.

Bekanntlich hat die Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1954 2) den vom Reichsgericht 3) formulierten Satz wieder aufgegriffen, daß "eine Herabdrückung der Stimmung" des Patienten in Kauf zu nehmen sei, wenn es darum gehe, ihn durch Aufklärung zu einer selbständigen Entscheidung zu befähigen. Auf der anderen Seite soll der Arzt jedoch nicht gezwungen sein, den Heilerfolg zu beeinträchtigen, wenn die Aufklärung "ernsthafte und nicht wieder gut zu machende Schäden" erwarten lasse 4). Ein derartiger "ernsthafter" Schaden ist aber nach Ansicht des BGH nur in wenigen Fällen anzunehmen. Vorübergehende Beeinträchtigungen der Gesundheit oder geringe Dauerschäden sollen nicht genügen, um die Aufklärungsverpflichtung entfallen zu lassen 5). Für die Fälle des Wegfalls des Aufklärungserfordernisses deutet der BGH 6) den Ersatzrechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung an.

Auch in der französischen Rechtsprechung findet man wenige Entscheidungen, die sich mit einem Aufklärungsverlangen bei medizinischen Bedenken befassen. Sie behandeln zudem ausnahmslos Fälle, in denen der Zustand des Patienten nicht lebensgefährlich war und die Begleitschäden der Heilbehandlung als echte Verschlechterung des Zustandes empfunden werden mußten 7).

Wegen Verschweigens eines Behandlungsrisikos oder des Befundes bei lebensbedrohenden Krankheiten ist soweit ersichtlich in Frankreich noch kein Arzt verurteilt oder auch nur verklagt worden. Es scheint, als ob der französische Patient bei ernsthaften, in die "Schicksalssphäre" fallenden Erkrankungen dem Arzt das Risiko des

1) sh. unten S. 61

2) BGH NJW 1956, 1106

3) RGZ 163, 137

4) BGH St 11, 111; auch BGH VersR 1956, 407 und BGHZ 29, 56

5) vgl. Ziegler § 8 IV

6) BGHZ 29, 186

7) Lyon D 1951 J 323; Lyon D 1956 J 439

langen Forderungen tatsächlich nicht auf dem Wege über eine Befragung der Vertretung des Aufkäuferkreises beschritten wird, was dies dem Käufer in Deutschland häufig zum Vorwurf gemacht wird.

Es geht eine Entscheidung dahin, daß ein mangelfreies Beschaffungswesen sogar ausdrücklich fälschlich in Anspruch genommen. Eine Entscheidung ist aber nicht vorhanden, daß die Vermutung der Schuld nicht auf ein gewisses Aufkäufergewissen bei lebensbedrohenden Erkrankungen schließen läßt.

Der *Court de Paris* trägt im Jahre 1911 folgenden Fall vor, der zwei Fälle enthält von der *Cour de Cassation* im gleichen Sinne entschieden wurde:

Eine Patientin befand sich wegen Krebsverdachts in ärztlicher Behandlung. Der Arzt war von seiner positiven Diagnose überzeugt, obwohl die erste histologische Untersuchung seinen Verdacht nicht bestätigt hatte, als auch das Ergebnis der zweiten Untersuchung negativ war. Nachdem der Arzt noch Krebs vermuthete, wurde die Patientin wieder der ärztlichen Behandlung übergeben. In der Zwischenzeit starb sie. Die zweite Untersuchung hatte seine Diagnose bestätigt. Die Patientin verzögerte sich der Behandlung, die im Laufe der verschiedenen Besuche einbrachte.

Seine demnach vermuteten den Arzt, obwohl sich die Diagnose immer nicht bestätigen ließ. Der Leitsatz der *Cour de Paris* lautete:

„Le médecin qui se livre à un examen de la tumeur d'une malade, sans se rendre compte de l'état de la tumeur, qui est le diagnostic, a commis une faute. Le médecin qui se livre à un examen de la tumeur d'une malade, sans se rendre compte de l'état de la tumeur, a commis une faute. Le médecin qui se livre à un examen de la tumeur d'une malade, sans se rendre compte de l'état de la tumeur, a commis une faute.“

Der zweite Fall des Beschlusses ist von demselben gestrichelt. Auch hier ist das Ergebnis der histologischen Untersuchung negativ. In diesem Fall wurde der Leitsatz von der *Cour de Cassation* allerdings nicht übernommen. In ihrer Entscheidung heißt es lediglich:

„Comme une faute grave, génératrice de responsabilité, le médecin qui, pour arriver à son diagnostic, omet le consentement de son client à un examen médical après avoir provoqué des troubles sérieux, commet le résultat d'une analyse de laboratoire...“

Die Entscheidung besagt also nicht ausdrücklich, daß ärztliche Folgen möglicherweise verschuldete werden sollten. Die Beschlüsse der *Cour de Paris* aber auch

nicht in diesem Punkt. Die Cour de Cassation scheint demnach eine Aufklärung über den Patienten belastende Punkte ebenfalls für unter Umständen aus medizinischen Bedenken entbehrlich zu halten. In seiner Anmerkung 1) wendet sich LAVALLÉE gegen eine so allgemeine Rechtfertigung der "frommen Lage" und möchte sie zumindest auf einen ganz begrenzten Kreis von Fällen einschränken. Wesentlich soll diese Einschränkung jedoch so weit gehen, wie die des Bruch im deutschen Recht. Wenn auch klare Richtlinien zum Wegfall der Aufklärungspflicht in Fällen medizinischer Bedenken noch nicht entwickelt wurden, läßt doch der Ansatz im Zusammenhang mit der insgesamt weniger aggressiven Haltung der französischen Juristen mit großer Wahrscheinlichkeit nicht die überaus strengen Anforderungen der deutschen Rechtsprechung, sondern eine elastischere Lösung erwarten 2).

Im übrigen enthalten die französischen Entscheidungen teilweise die Einschränkung, daß die Einwilligung und damit auch die Aufklärung im "état de nécessité" 3) entfallen könne. Ob und inwieweit hierunter die problematischen Fälle medizinischer Bedenken fallen, wird noch zu zeigen sein.

II. Stellungnahmen in der Literatur 4)

Bereits sehr früh ist der Grundsatz vom Selbstbestimmungsrecht des Patienten von den positiven Schriftstellern in Deutschland anerkannt und verfochten worden 5).

Primär wiederum vom Strafrecht ausgehend haben vor allem Eberhard SCHMIDT und Karl ENGELCH das Aufklärungsverlangen der Rechtsprechung dem Grunde nach anerkannt, die Entscheidungen aber für zu engherzig erklärt. So sagt Eberhard SCHMIDT, es sei "... sehr wohl denkbar, daß der Arzt mit seinen aufklärenden Äußerungen unter Umständen sehr zurückhaltend sein ..." müsse, "... ja unter Umständen ganz auf sie verzichten ..." dürfe 6). Dies soll insbesondere für die Fälle gelten, in denen es für die Rechtfertigung des Arztes auf die Einwilligung des Patienten nicht ankommt.

ENGELCH meint 7), daß in Ausnahmefällen - vor allem bei Krebsbefund - die Auf-

1) D 1955 J 249

2) vgl. in diesem Sinne auch Dalloz, Nouveau Répertoire III
vo. médecine No. 187 ff.

3) vgl. vor allem Lyon JCP 1953 II 7541

4) Eine erschöpfende Zusammenfassung der deutschen Literatur hat in jüngster Zeit
Ziegler, § 8, gegeben.

5) So schon 1893 Endemann, S. 94

6) Eberhard Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 103

7) Operation S. 1328, ZStW 1958, 46

klärungspflicht aufgehoben sei oder zumindest eingeschränkt werden könne.

Mit ROEMER 1) ist er der Ansicht, daß es sich bei den juristischen Ausnahmen vom Grundsatz der Aufklärungsnotwendigkeit bei schweren Krankheiten praktisch medizinisch um die Regel handle.

FRIEDRICH 2) hält unter besonderen Umständen das Verschweigen nachteiliger Gesichtspunkte auch für geboten, wenn der Patient die Aufklärung ausdrücklich verlangt, möchte diese Fälle aber als streng zu prüfende Ausnahmen verstanden wissen.

SCHWALM 3) und im Anschluß an ihn NIESE 4) halten Ausnahmen vom Aufklärungsgrundsatz ebenfalls bei ernsthaften medizinischen Bedenken für möglich.

Während KLEINWEFERS 5) um eine Verallgemeinerung der Ausnahmen besorgt ist und auch dem lebensgefährlich Kranken sein Recht zur Selbstbestimmung erhalten will, fordert STEINDORFF 6) sehr weitgehende Ausnahmen.

Die Autoren billigen also im allgemeinen zwar die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze, wollen diese aber wie die Ärzte elastischer gehandhabt wissen 7).

In Frankreich wird die Diskussion hauptsächlich von einem Schriftsteller bestritten, und das ist René SAVATIER. In immer neuen Darlegungen beleuchtet er das Problem, interpretiert Entscheidungen und verteidigt das Selbstbestimmungs-

1) JZ 1960, 137

2) VersR 1954, 381

3) Schriftenreihe S. 39 und Thesen, abgedruckt bei Niese, S. 373 f.

4) S. 372 ff.

5) VersR 1962, 197

6) JZ 1960, 139

7) Nach § 162 Abs. III Ziff. 1-4 des StGBE soll die eigenmächtige Heilbehandlung nicht strafbar sein, wenn:

1. der Betroffene wenigstens eingewilligt hat, daß der Arzt ihn überhaupt in Behandlung nimmt und, wenn ein Eingriff vorgenommen werden soll, überhaupt einen Eingriff vornimmt.
2. die Behandlung nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde erforderlich ist, um die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit (§ 147 II) von ihm abzuwenden.
3. eine volle Aufklärung den Betroffenen so schwer belasten würde, daß dadurch der Behandlungserfolg voraussichtlich erheblich beeinträchtigt würde und
4. die Umstände nicht zu der Annahme zwingen, daß er bei voller Aufklärung die Einwilligung versagen würde.

recht des Patienten. Gegenstand der Auseinandersetzung ist - den oben aufgezeigten unterschiedlichen "Kampfstellungen" entsprechend - nicht wie in Deutschland die Rechtsprechung, sondern die Auffassung der Ärzte. Nur wenn man sich diesen Unterschied ständig vergegenwärtigt, können die Beiträge der Autoren beider Länder im Vergleich richtig eingeordnet werden.

SAVATIER greift die Ärzte scheinbar ständig an, spricht von "paternalisme médical" im schlechten Sinne 1), von "impérialisme médical" 2) und beschuldigt die Ärzte, sich "après Dieu" als "maîtres souverains" zu fühlen 3).

Dennoch offenbaren diese Äußerungen keineswegs etwa eine ärztefeindlichere Haltung als die des deutschen Rechts, denn der grundsätzliche Angriff der französischen Ärzteschaft auf das Selbstbestimmungsrecht des Kranken bedingt seine wesentlich intensivere Verteidigung. Die Auseinandersetzungen zwischen Ärzten und Juristen, die sich am Problem der Aufklärungspflicht entzünden, führt SAVATIER auf den generellen Unwillen der "Fachleute" zurück, sich von den Juristen und medizinischen Laien in ihrem Bereich Vorschriften machen lassen zu müssen 4). Unterstützt wird die Gegensätzlichkeit der Auffassungen seiner Ansicht nach durch die grundsätzlich verschiedenen Ziele beider Berufsgruppen: während der Jurist die Vereinbarkeit der Interessen mehrerer und auf lange Sicht im Auge habe, sehe der Mediziner stets nur den augenblicklichen einzelnen Fall 5).

Doch ebenso wie sich SAVATIER gegen eine einseitige medizinische Autorität wendet, richtet sich seine Kritik gegen die Rechtsprechung, wenn diese die Anforderungen an die Aufklärungspflicht auf der anderen Seite überspannen will.

In seiner Anmerkung zur dargestellten Entscheidung der Cour de Lyon 6) weist er darauf hin, daß bei aller Beachtung der rechtlichen Gleichheit von Arzt und Patient die oft vorhandene tatsächliche Unterlegenheit und Schwäche des Kranken nicht übersehen werden dürfe.

Das wesentliche Element des Vertrauens soll nicht durch zu hohe Anforderungen an die Aufklärungspflicht untergraben werden, denn "le rôle principal du médecin n'est pas d'éclairer mais de soulager." 7)

Die Aufklärung soll daher bei Gefährdung des Patienten entfallen, 8) es kann also

1) Savatier, *Traité* No. 9

2) D 1952 chron. 157

3) *Métamorphoses* Bd. II No. 194

4) *Métamorphoses* Bd. II No. 220

5) a. a. O. No. 225

6) JCP 1953 II 7541, sh. oben Seite 39

7) *Traité* No. 251 und *Métamorphoses* Bd. II No. 154

8) vgl. D 1955 J 249 und *Traité* No. 270:

"Le droit du malade à la vérité a pour première limite sa capacité de la connaître sans dommage majeur."

eine Behandlung ohne "aufgeklärte" Einwilligung oder auch ohne Wissen des Patienten darüber hinaus unter Umständen sogar gegen den ausdrücklichen Willen des Patienten rechtmäßig sein, wobei der rechtliche Gesichtspunkt des "état de nécessité" herangezogen wird 1).

Auch die Mehrzahl der anderen französischen Autoren zieht die Grenze der Aufklärungspflicht wesentlich enger als die deutsche Rechtsprechung.

Jeanne ROUCHY bekennt sich klar zu einer Überordnung des Wohles des Patienten über sein Selbstbestimmungsrecht und hält bei Kollisionen Einwilligung und Aufklärung für entbehrlich. 2)

Ebenso entscheidet GARRAUD 3), und KORNPORST 4) will Einwilligung und Aufklärung generell entfallen lassen, wenn die Unterrichtung die Heilung in irgendeiner Weise beeinträchtigen könnte:

"Le médecin peut intervenir et opérer sans le consentement du malade dans tout les cas, où il apparait que, pour le succès de l'intervention, du traitement ou de l'opération il est opportun de laisser le malade dans une ignorance qui banira la crainte, l'angoisse, et créera cette euphorie qui fait d'un patient ayant bon moral le plus puissante allié du chirurgien qui l'opère; l'intérêt du malade seul."

Man sieht, daß sowohl in Deutschland als auch in Frankreich in der Literatur eine Beachtung der medizinischen Bedenken gegenüber der Aufklärung im Einzelfall gefordert wird. Die gegen eine grundsätzlich andere Rechtsprechung gerichteten Ausführungen der deutschen Autoren erscheinen jedoch vorsichtiger als die im Angesicht einer elastischeren Justiz weitgehende Ausnahmen fordernden der französischen Juristen.

C. AUSWERTUNG UND LÖSUNGSMÖGLICHKEITEN

I. Die möglichen Kollisionsfälle

Zur Verdeutlichung soll zunächst dargestellt werden, in welchen Fällen Heilung und Aufklärung in Konflikt geraten können.

1. Der Patient kennt weder die für noch die gegen eine ihm vorgeschlagene Behandlung sprechenden Gesichtspunkte.

1) Savatier, *Métamorphoses* Bd. III No. 393, vgl. auch *Responsabilité* Bd. II S. 389

2) Rouchy S. 16

3) Garraud S. 144

4) Kornporst S. 350

vgl. in ähnlichem Sinne auch noch Ségur S. 210

a. Der Patient ist dennoch einwilligungsbereit.

Dies ist zum Beispiel der Fall eines an Krebs erkrankten Patienten, der an einen gutartigen Tumor glaubt und sich daraufhin behandeln lassen will.

aa. Eine Verpflichtung zur Aufklärung aus Heilauftrag über alle für die Behandlung sprechenden Gesichtspunkte, insbesondere also über die Diagnose und die Folgen der Nichtbehandlung besteht zunächst nicht, da der Patient ja behandlungsbereit ist und seine Einwilligung durch einen Irrtum über diese Punkte in ihrer Wirksamkeit nicht berührt wird 1).

bb. Über die gegen die gewünschte Behandlung sprechenden Gesichtspunkte muß der Arzt den Patienten jedoch grundsätzlich unterrichten, da seine Einwilligung auf einem Irrtum über sie beruhen kann. Gegen diese Aufklärung sind aber nun ärztliche Einwände denkbar, denn es können folgende Situationen eintreten:

(1) Die Heilungschance kann wesentlich verringert werden, da die verminderte Erfolgsaussicht und die Angst vor den Behandlungsgefahren den Gesundheitswillen des Patienten erschüttert.

(2) Der Patient wird den Eingriff unter Umständen ganz ablehnen, da er die Schwere der Krankheit unterschätzt und die Notwendigkeit der Behandlung daher nicht einsieht.

cc. Im Fall (2) muß nun die aus dem Heilauftrag entspringende Aufklärung über die für den Eingriff sprechenden Punkte zur Überwindung der Ablehnung einsetzen. Dem Patienten muß der Befund bekannt gemacht werden.

Diese Mitteilung würde jedoch nach ärztlicher Auffassung wiederum mindestens zur starken Beeinträchtigung der Heilungschance, unter Umständen aber sogar zu zusätzlichem schwerem Schaden wie etwa Schockwirkung oder gar Selbstmord des Patienten führen.

Die mit der Aufklärung über die gegen die Behandlung sprechenden Gesichtspunkte beginnende Unterrichtung kann also selbst eine wesentliche Beeinträchtigung der Heilung mit sich bringen oder aber die Ablehnung des Eingriffs und damit die heilungsschädliche Aufklärung über den Befund verursachen.

b. Der Patient willigt nicht ein.

Willigt der seine gesundheitliche Lage zu günstig einschätzende Patient nicht ein, so erübrigt sich zwar die Aufklärung als Voraussetzung einer wirksamen

1) Sh. oben Seiten 44 und 48

Einwilligung, doch greift wiederum die Aufklärungspflicht aus Heilauftrag ein, die den unter 1. a. cc. aufgezeigten Bedenken unterliegen kann.

2. Der Patient kennt alle für die Behandlung sprechenden Gesichtspunkte. Dies ist zum Beispiel der Fall eines Krebskranken, der die Diagnose kennt.
 - a. Der Patient willigt in die vorgeschlagene Behandlung ein. Grundsätzlich besteht auch hier die Forderung nach Aufklärung zur Wahrung des Ablehnungsrechts. Nach Ansicht der Ärzte wird die Unterrichtung über die Gefahren und die geringe Erfolgsaussicht der Behandlung den Gesundheitswillen des Patienten jedoch bedeutend schwächen und so die Heilungschance verringern wie oben im Fall 1. a. bb.(1).
 - b. Der Patient lehnt die Behandlung ab.
Eine Aufklärung über die gegen die Behandlung sprechenden Argumente entfällt ebenso wie die Verpflichtung zur Unterrichtung aus Heilauftrag, denn der Patient entscheidet in Kenntnis seiner Lage.

II. Die Möglichkeit der Lösung des Problems aus dem Arztvertrag

1. Allgemeines

In der Diskussion um die Fälle möglichen Nebeneinanderbestehens von Heilauftrag und heilungshindernder Aufklärungspflicht ist eine wesentliche Vorfrage meist gar nicht gestellt worden, nämlich die, ob denn im konkreten Fall eine derartige Kollision überhaupt vorliegt.

Wir haben gesehen, daß auch der den Willen zur Heilung äußernde Patient ein Recht auf Beachtung seines Willens und seiner eigenen Entscheidung hat. Daraus folgt jedoch noch nicht zwingend, daß dieses Recht auch geltend gemacht und dem Arzt damit eine Verpflichtung auferlegt wird.

Mit anderen Worten; ob und in welchem Umfang der Kranke den Arzt einerseits zur Heilung und andererseits zur Beachtung seines Selbstbestimmungsrechts und damit zur Aufklärung verpflichtet, hängt von seinem Willen ab.

Die gesamte Auseinandersetzung um die Aufklärung trotz medizinischer Bedenken konnte vor allem im deutschen Rechtsbereich nur aus einer bedeutenden juristischen Inkonsistenz den heutigen Umfang annehmen.

Wenn man die Entscheidungsfreiheit des Patienten, seinen Willen, als maßgeblichen Faktor herausstellt, so muß man ihn konsequenterweise auch in seinem wesentlichen Inhalt zu ermitteln suchen. Gegenstand der Entscheidung des Kranken ist nun aber nicht primär die Vornahme einer bestimmten Behandlung, sondern vielmehr schon und vor allem die Grundfrage, ob und inwieweit

er überhaupt auf der Selbstbestimmung hinsichtlich des konkreten Eingriffs besteht, wenn durch die hiermit notwendig verbundene Aufklärung der Heilerfolg wesentlich beeinträchtigt werden kann.

Der Patient kann nicht zweierlei, nichts sich Widersprechendes wollen; bestmögliche Heilung und umfassende - eben schädliche - Aufklärung.

Er muß also werten, entweder dem Heilwunsch oder dem Selbstbestimmungsverlangen den Vorrang einräumen.

Diese Entscheidung des Kranken über das Ob (nicht schon das Wie) der Selbstbestimmung kann aus dem Arztvertrag zu entnehmen sein.

Dieser beinhaltet eben nicht nur die Verpflichtung des Arztes zur Achtung der Selbstbestimmung, sondern insbesondere die zur Heilung des Patienten.

Und eben weil wir das Prinzip der Willensfreiheit an die Spitze stellen, dürfen wir uns nicht auf einseitige Bemühungen um die Wahrung des Ablehnungsrechts beschränken, sondern müssen auch den Heilwunsch als Ausdruck einer positiven Selbstbestimmung einbeziehen.

Wollte man die Entscheidungsbefugnis des Patienten auf das Wie beschränken, würde man das Selbstbestimmungsrecht in eine Pflicht verkehren, die wiederum gerade Zwang bedeuten würde, einen absurden Zwang zur Freiheit.

Durch Auslegung der Willenserklärungen des Patienten muß versucht werden, den konkreten Vertragsinhalt zu ermitteln.

Der Arzt muß je nach Wertung des Kranken dessen Entscheidung trotz Heilungsbeeinträchtigung herbeiführen, oder aber er darf es nicht, ohne daß ihm eine Verletzung der umfassenden Heilverpflichtung vorgeworfen werden müßte.

In der französischen Rechtsordnung kommt dem Arztvertrag umfassende Bedeutung zu:

"L'idée de contrat en centre de la médecine humaniste,"

sollte man mit SAVATIER 1) auch für das deutsche Recht herausstellen.

Doch hat bereits vor allem STEINDORFF 2) auch bei uns die Beachtung vertrags-

1) Savatier, *Traité* No. 247

2) insbesondere JZ 1960, 139. Auch Ziegler weist auf das Vertragsrecht hin und meint, man solle nicht stets nach Gegeninteressen suchen, die die Aufklärungspflicht ausschalten, sondern zunächst einmal fragen, ob der Patient im konkreten Fall überhaupt ein primäres Aufklärungsinteresse hat, vgl. § 9, 5 seiner Arbeit. Geilen sucht die Lösung unter dem Gesichtspunkt der Sozialadäquanz. Er will aber die medizinischen Risiken wohl selbst unter die autonomieabhängigen einordnen, S. 163 f. und stellt somit unmittelbar ebenfalls auf den Willen des Kranken ab. Weitere Ansätze zur vertragsrechtlichen Betrachtung auch bei Staudinger zu § 242 BGB Anm. 856.

rechtlicher Gesichtspunkte gefordert.

Im Folgenden soll versucht werden, durch Besinnung auf den Arztvertrag zur Lösung des Aufklärungsproblems beizutragen.

Unter Verzicht auf die reizvolle Aufgabe der so dringend notwendigen eingehenden Untersuchung des Arztvertrages im deutschen Recht, die im Rahmen einer rechtsvergleichenden Arbeit zu weit führt, können jedoch nur die wesentlichsten Gesichtspunkte in der Gegenüberstellung berührt werden.

2. Die Rechtsnatur des Arztvertrages

Weder im deutschen noch im französischen Recht ist der Arztvertrag als solcher typisiert.

Während das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Patient im deutschen Bereich zunächst als Auftrag (Geschäftsbesorgung) angesehen 1) und heute in der Regel als Dienstvertrag qualifiziert wird 2), sehen die französische Rechtsprechung und herrschende Lehre im Arztvertrag unter Ablehnung der "théorie du mandat" und der "théorie de louage de service ou d'ouvrage" einen Vertrag sui generis 3):

"Attendu que la convention qui intervient entre le malade et le médecin qui lui apporte son assistance et ses soins constitue un contrat sui generis ..."

stellte die Cour de Cassation bereits im Jahre 1937, also unmittelbar im Anschluß an die Anerkennung einer vertragsrechtlichen Beziehung überhaupt fest 4).

Die Entscheidung für die Eigenständigkeit des Arztvertrages weist wiederum auf eine intensivere Beschäftigung und Erkenntnis der Bedeutung dieser Rechtsbeziehung hin und sollte für das deutsche Recht ebenfalls in Erwägung gezogen werden.

3. Der Inhalt des Arztvertrages

Für das französische Recht formulierte die Cour de Cassation in ihrer grundlegenden Entscheidung 5) die ärztliche Verpflichtung mit den Worten

"... donner les soins non pas quelconques, mais consciencieux, attentifs et réserve faite de circonstances exceptionnelles conformes aux données acquises de la science."

1) Hellwig S. 20

2) Savatier, Traité No. 247

3) vgl. Savatier, Traité No. 238 und vor allem Pharaon S. 33 mit umfangreichen Nachweisen.

4) Cass. civ. DH 1937, 571

5) Cass. civ. DP 1936 I 88; sh. schon oben Seite 25

Die einzelnen sich hieraus ergebenden Vertragspflichten des Arztes und auch die des Patienten haben die französischen Autoren 1) herausgearbeitet und ausgeführt.

Im deutschen Recht finden wir wesentlich weniger Bemühungen um die Fixierung des Inhaltes des Arztvertrages und keine entsprechende Erfassung der Pflichten 2).

Aus der zunächst allgemeinen Bestimmung hat die Cour de Cassation später 3) die Verpflichtung des Arztes zur Einholung der Einwilligung des Patienten abgeleitet 4).

STEINDORFF, der die klare dogmatische Einordnung an sich für begrüßenswert hält, glaubt hier eine Fiktion erkennen zu können 5).

Der Patient, so meint er, verlange im Grunde genommen nur Heilung. Eine Beachtung seines Selbstbestimmungsrechtes werde der Kranke normalerweise nicht durch ausdrückliche Erklärung zum Vertragsinhalt machen. In den Fällen eines nicht ausdrücklichen Aufklärungsverlangens sei der Arzt daher vertraglich nur zur Heilung verpflichtet.

Um eine Verpflichtung zum Inhalt eines Vertrages werden zu lassen, bedarf es jedoch nicht immer der übereinstimmenden Willenserklärungen. Es besteht vor allem die Möglichkeit der Vertragsergänzung durch Grundgedanken der Rechtsordnung - aus dem typischen Wesen oder der Natur einer bestimmten Vertragsart 6). Dieser charakteristische Inhalt eines bestimmten Rechtsgeschäfts typus ist auch dem einzelnen Verträge immanent.

Der Arztvertrag muß nun als den Menschen in seiner Person und Körperlichkeit unmittelbar berührend von der Achtung vor der menschlichen Freiheit und körperlichen Integrität des Patienten getragen sein.

Diese Achtung vor der Würde und Person des Kranken, die zu den Grundprinzipien unserer Rechtsordnung gehört, und damit die Verpflichtung, seine Entscheidung einzuholen, aus der sich die Notwendigkeit der Aufklärung ergibt, ist somit eine die ausdrücklichen Vereinbarungen ergänzende vertragliche (Neben-) Pflicht

1) vgl. vor allem Savatier, *Traité* No. 262 ff.

2) sh. aber Meyer S. 28/29

3) S 1937 I 270

4) Diese, nicht eine selbständige "Aufklärungspflicht" ist Vertragsinhalt, doch setzt sie unter Umständen eine Aufklärung zu ihrer Erfüllung voraus. Vgl. oben S. 26 f, 29; vgl. darüber hinaus zur Aufklärung als vertraglicher Pflicht Friedrich, *VersR* 1954, 329.

5) Vgl. *Therapiewoche* S. 2

6) Vgl. dazu Larenz § 8 II in der zweiten Auflage.

des Arztes 1).

Ähnliche (aber nirgends ausdrücklich dargelegte) Überlegungen werden auch der französischen Ansicht zugrundeliegen. Es handelt sich also keineswegs um eine Fiktion, sondern um eine Verpflichtung aus der Natur des Arztvertrages, aus der "Natur des Menschen" 2).

Inhalt des Vertrages ist auch im deutschen Recht die Heilung einerseits und die Verpflichtung zur Achtung der eigenen Entscheidungsbefugnis des Patienten andererseits.

Diese Feststellung bedeutet nun aber nicht, daß im Gegensatz zum oben Geforderten das Selbstbestimmungsrecht des Patienten auch gegen seinen Willen geachtet werden müsse, daß es unverzichtbar sei.

Der Patient kann beide Verpflichtungen - die zur Heilung und die zur Achtung des Selbstbestimmungsrechts - nach seinem Willen einordnen.

Er kann die Heilung auf jeden Fall wollen und damit generell auf jede weitere Befragung verzichten oder zwar auf dem Vorbehalt eigener Entscheidung bestehen, den Arzt jedoch ausnahmsweise bei schwerer Gefahr der Heilungsbeeinträchtigung von der Aufklärungspflicht entbinden. Andererseits kann er die Beachtung seines Selbstbestimmungsrechts auch für alle Fälle zum Vertragsinhalt machen und so den Heilauftrag beschränken.

Diese möglicherweise schon bei Vertragsschluß getroffene wertende Entscheidung ist durch Auslegung der ausdrücklichen oder konkludenten Erklärungen des Patienten zu ermitteln 3).

-
- 1) Diese dogmatische Einordnung kann hier nur andeutungsweise versucht werden, doch erscheint der Gedanke der Ergänzung aus der "Natur" des Vertrages äußerst einleuchtend. Wie zum Beispiel beim Kaufvertrag Nebenpflichten zur Vermögensfürsorge bestehen, müssen im Arztvertrag die anerkannten Interessen des Patienten an seiner Gesundheit und körperlichen Integrität Berücksichtigung finden.
 - 2) Wir finden hier eine vorsorge- und fürsorgebedingte Typisierung des Arztvertrages.
 - 3) Dies wird nicht nur für den regelmäßigen, mehrere Behandlungen umfassenden, sondern auch für den nur auf einen Eingriff gerichteten Arztvertrag gelten. Auch hier kommt wohl ein auf die bestimmte Behandlung nach den Regeln der ärztlichen Kunst unter grundsätzlicher Beachtung des Selbstbestimmungsrechts gerichteter Vertrag unabhängig von einer Aufklärung zunächst zustande. Er enthält eben die generelle Verpflichtung zur Einholung einer wirksamen Einwilligung, die mit der vertraglichen Willenserklärung nicht identisch ist. Sh. oben Seite 27, aber auch Steindorff, JZ 1960, 139, der den Vertragsschluß selbst von der Aufklärung abhängig machen will. Auch diese Fragen bedürften einer eingehenderen Untersuchung.

Auf diese Weise kann der Umfang einer Aufklärung zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts im eigentlichen Sinne, also die über alle gegen die Behandlung sprechenden Gesichtspunkte, für den speziellen Fall näher bestimmt werden. Auch die Aufklärung aus Heilauftrag über die für den Eingriff oder die Behandlung sprechenden Tatsachen wird schon aus dem Vertragsinhalt umrissen und begrenzt. Denn wenn diese Aufklärung der bestmöglichen Heilung dienen soll, kann sie nur so lange bestehen, als die Aussicht auf Heilung durch den erstrebten Eingriff den durch die Aufklärung zum Beispiel über den Befund erwarteten Schaden überwiegt. Anderenfalls entfällt diese Aufklärung, doch muß nach deutschem Recht dann grundsätzlich wegen der entgegenstehenden Ablehnung des Patienten auch der Eingriff unterbleiben. Nach französischer Ansicht ist hier in bestimmtem Umfang eine Behandlung zulässig 1).

4. Der Verzicht auf die Selbstbestimmung

Eine der möglichen Wertungen ist das Zurückstellen des Selbstbestimmungswunsches hinter das Heilungsverlangen, ist der Verzicht auf die eigene Entscheidung. Verzichtet der Patient ausdrücklich oder konkludent auf Befragung und Unterrichtung, so ist dies eine rechtlich erhebliche, den Arzt in bestimmtem Umfang von der Beachtung des Selbstbestimmungsrechts entlastende Äußerung 2). Von einer Möglichkeit des Selbstbestimmungsverzichts spricht auch SAVATIER, wenn er die Fälle von der Befragung des Patienten ausnimmt, in denen

"... par une convention implicite, un malade a fait comprendre au médecin qu'il entendait essentiellement être rassuré et qu'êter de lui des encouragements et non de vérités." 3)

Dieser Verzicht muß auch im deutschen Recht nicht ausdrücklich sein, doch kann nicht schon bloßes Schweigen als solcher gedeutet werden 4). Vielmehr bedarf es auslegbarer Anhaltspunkte, die - wie auch Savatier andeutet - aus der Intensität des Heilungsverlangens abgeleitet werden können 5).

Der Verzicht auf das Selbstbestimmungsrecht kann aber verschiedenen Umfang haben und ist in seiner möglichen Abstufung bisher nicht klar genug erkannt worden.

Denkbar sind Fälle, in denen der Patient dem Arzt von vornherein alle Entscheidungen überläßt, ihm also eine Generaleinwilligung erteilt, die jede

1) vgl. Seite 71

2) vgl. dazu Steindorff JZ 1960, 139

3) D 1955 J 249

4) vgl. oben Seite 29

5) sh. dazu Schwalm, These 11, abgedruckt bei Niese S. 373. Zur Möglichkeit des Verzichts und der Generaleinwilligung vgl. BGHZ 29, 54.

weitere Befragung und Unterrichtung entbehrlich macht. Doch werden diese Fälle sehr selten und die an die Deutlichkeit der Erklärung des Patienten zu stellenden Anforderungen besonders hoch sein.

Schon häufiger wird der Kranke zwar über die einzelnen Maßnahmen noch unterrichtet werden wollen, nicht aber über eventuell gegen sie sprechende Argumente.

Darüber hinaus ist aber ein noch enger begrenzter Verzicht auf lediglich die heilungsschädliche Aufklärung möglich 1).

Wenn auch für die ersten beiden Gruppen die behauptete Seltenheit 2) zutreffen wird, so wird doch demgegenüber der die Kollision zwischen Heil- und Aufklärungswunsch lösende beschränkste Verzicht häufiger anzunehmen sein.

Vielfach wird der Patient weniger Wert auf eine Befragung als auf seine Heilung legen und so die Hilfeleistung zum *essentiale negotii* erklären. Die Unterrichtung des Patienten darf und muß 3) dann immer insoweit entfallen, als sie der Heilung schaden könnte; ein Konfliktfall liegt gar nicht vor. Deliktsrechtlich tritt als Rechtfertigungsgrund im Rahmen des § 823 BGB die Generaleinwilligung an die Stelle der jeweiligen konkreten, soweit es sich um einen generellen Selbstbestimmungsverzicht handelt. Beim beschränkten Verzicht muß die Einwilligung zur einzelnen Maßnahme zwar eingeholt werden, doch ist sie im vorher beschriebenen Umfang ohne Aufklärung wirksam. Sie ist mit Hilfe des vorhergegangenen Aufklärungsverzichts auszufüllen und muß dann als eine Art "eingeschränkter Blankovollmacht" und "begrenzter Generalwertung" umso eher rechtfertigen als die unbeschränkte 4).

1) Der noch näher abgrenzungsbedürftige zentrale Begriff der heilungsschädlichen Aufklärung darf aber nicht nur die vom BGH zu eng gefaßten Gesundheitsbeeinträchtigungen umfassen, sondern muß in allen oben Seite 63 und 64 unter 1. a. bb. (1), (2) und cc. aufgeführten Fällen erfüllt sein.

Die Feststellung einer entscheidenden Beeinträchtigung der Heilung muß für den einzelnen Fall dem Arzt überlassen bleiben. Vgl. dazu auch die Formulierung des StGB § 162 Abs. III Ziff. 3 der heilungsschädlichen Aufklärung als einer Unterrichtung, die

"... den Betroffenen seelisch so schwer belasten würde,
daß dadurch der Behandlungserfolg voraussichtlich erheblich
beeinträchtigt würde."

Vgl. den gesamten § 162 Abs. III StGB oben Seite 60.

2) Vgl. BGHZ a. a. O., auch Kleinewefers, VersR 1962, 199.

3) Die Aufklärung muß entfallen, denn wenn der Arzt dem Patient durch nicht gewollte Aufklärung schadet, verletzt er seinen Heilauftrag und wird aus diesem Grunde schadensersatzpflichtig. Vgl. dazu auch Ziegler § 15.

4) Nicht richtig ist daher die Ansicht des BGHZ 29, 53, daß der ohne Verpflichtung zu voller Aufklärung geschlossene Vertrag die Beziehung zwischen Arzt und Pa-

5. Die Erteilung eines beschränkten Heilauftrages

Wie der Patient einerseits die Heilung zum *essentiale negotii* erklären kann, kann er sie andererseits auch unter den strengen Vorbehalt der Selbstbestimmung stellen.

- (1) Er kann bestimmte heilungsnotwendige Maßnahmen von vornherein ablehnen.

Kann der Arzt ihn durch Unterrichtung über alle für den Eingriff sprechenden Gesichtspunkte (also auch über den Befund) nicht überzeugen, ist nach deutscher Auffassung kein Eingriff möglich 1).

Der grundsätzliche Gedanke, daß erst der Heilungswille des Patienten den Arzt zu seiner Berufsausübung legitimiert 2), verbietet das Zugeständnis eines Zwangsbehandlungsrechts.

Auch im französischen Recht ist die Behandlung gegen den erklärten Willen des Kranken durch Täuschung oder Zwang generell verboten:

"Devant le refus délibéré du malade, la règle de droit fait un devoir au praticien de s'abstenir car le secours à la force lui est interdit." 3)

Dieser Grundsatz gilt jedoch dann nicht mehr, wenn der vom Patienten abgelehnte Eingriff lebensnotwendig ist 4).

In diesen Fällen ist der Arzt aufgrund des "état de nécessité" gerechtfertigt 5).

Der im ganzen noch ungeklärte Begriff des "état de nécessité" entspricht mit seinem Sonderfall des "conflit de devoirs" 6) dem deutschen rechtfertigenden und entschuldigenden übergesetzlichen Notstand mit ebenfalls dem Sonderfall

Fortsetzung der Fußnote 4 von Seite 70:

tient nicht erschöpfend regeln.

Die rechtfertigende Kraft der wegen des Verzichts ohne Aufklärung wirksamen Einwilligung muß auch im Deliktsrecht und wohl auch im Strafrecht Geltung beanspruchen. Vgl. dazu auch Steindorff JZ 1960, 139.

- 1) denn die Freiheit des Patienten wird bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit höher gewertet als sein Leben, vgl. oben Seite 9 f; sh. auch § 162 Abs. III Ziff. 4 StGBE, oben Seite 60.
- 2) vgl. Schönke zu § 223 StGB Anm. V, 4
- 3) Trib. civ. de la Seine DP 1936 II 9, bestätigt durch die Cour de Paris DH 1937, 346.
- 4) sh. oben Seite 10 ff.
- 5) vgl. Savatier, Responsabilité Bd. II S. 389
- 6) vgl. dazu Mazeaud Bd. I No. 488 ff., insbesondere No. 492; Colin-Capitant et de la Morandière Bd. II No. 1126.

der Pflichtenkollision 1) und umfaßt "la situation de celui à qui il apparaît clairement que le seul moyen d'éviter un mal plus grand ou égal, est de causer un mal moins grand ou égal." 2)

Hier stehen sich die Verpflichtung zur Beachtung der Selbstbestimmung und die (außervertragliche) allgemeine ärztliche Hilfespflicht 3) gegenüber.

Letztere überwiegt bei der gebotenen Güterabwägung, da sie dem nach der französischen Rechtsordnung letztlich höheren Rechtsgut des Lebens des Patienten dient. Der Kranke als Rechtsgutträger kann nicht mehr entscheiden, da sein Selbstbestimmungsrecht eben hier begrenzt ist 4).

Im deutschen Recht ist die Wertung des Patienten nur bei Sittenwidrigkeit irrelevant, grundsätzlich also auch vom Schwerkranken dem Arzt wirksam vorzuschreiben 5).

Es besteht nach bisher herrschender Auffassung auch keine das Selbstbestimmungsrecht überwiegende außervertragliche Hilfespflicht des Arztes wie in den Fällen des Selbstmordes, da eine zum Tode führende Krankheit nicht als Unglücksfall im Sinne des § 330 c StGB qualifiziert wird 6).

Eine Rechtfertigung aus übergesetzlichem Notstand kann daher weder für das Delikts- noch für das Strafrecht in Betracht kommen.

Der Eingriff gegen den "aufgeklärten" Willen des Patienten kann also in Deutschland gar nicht, in Frankreich nur bei akuter Lebensgefahr rechtmäßig sein.

- (2) Denkbar ist auch, daß der Patient ganz allgemein erklärt, auf jeden Fall auch bei größter Gefahr für Gesundheit und Leben die Entscheidung über jeden Heileingriff selbst treffen und zu diesem Zweck umfassend aufgeklärt werden zu wollen.

-
- 1) vgl. dazu Schönke Vorbemerkung III Ziff. 9 zu § 51 StGB; Nipperdey § 241 V. Das französische Recht trennt wegen des abweichenden Deliktsaufbaus nicht zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen, sh. dazu unten Seite 83 Fußn. 2.
- 2) Savatier, Responsabilité Bd. I S. 123 f.
- 3) die der bei Selbstmordfällen entspricht, vgl. oben S. 9
- 4) vgl. oben S. 10 f
- 5) Der Patient kann insoweit über seine Gesundheit und sein Leben verfügen, denn es kann nicht generell als sittenwidrig angesehen werden, wenn jemand seiner Krankheit ihren Lauf lassen will. Vgl. dazu auch Weitenauer S. 2
- 6) vgl. aber Schwalm, These 15 b, abgedruckt bei Niese S. 373, der eine Qualifikation als Unglücksfall insbesondere für die Fälle in Erwägung zieht, in denen die Einwilligung in die Behandlung in selbstmörderischer Absicht verweigert wird.

Eben in diesen Fällen bedingungslosen Wahrheitsverlangens melden sich die stärksten Bedenken gegen die Aufklärungspflicht.

Das Verhältnis von Arzt und Patient ist seiner Idee nach ein Umgang zweier entscheidungsfähiger, "vernünftiger" Menschen 1), wie sie unserer Rechtsordnung insgesamt als Leitbild dienen.

Der ernsthaft geäußerte Entscheidungswille des "vernünftigen" Patienten stellt den Heilauftrag im deutschen Rechtsbereich aufgrund des umfassenden Selbstbestimmungsrechts unter den strengsten Vorbehalt jeweiliger Befragung auch dann, wenn der Heilerfolg beeinträchtigt werden kann 2).

Die Voraussetzung der "existentiellen Helle und Vernunft" 3) wird jedoch - insoweit sind die insbesondere von Radbruch 4) aufgezeigten Bedenken sicher begründet - nicht in der Person eines jeden Kranken vorliegen.

Man kann und muß diesen Menschen nicht das Recht zur Wahrheit (also zur Selbstbestimmung) absprechen 5), wird jedoch häufig davon ausgehen müssen, daß dieser Patient die schädliche oder gar tödliche Aufklärung in Wirklichkeit eben nicht ernsthaft will.

Ohne am formalen Wahrheitsverlangen zu haften, muß der Arzt die Erklärung hinsichtlich ihrer Ernsthaftigkeit auszulegen versuchen 6).

Nach französischer Auffassung ergibt sich aus der Begrenzung des Selbstbestimmungsrechts bei ernster Gefahr für Gesundheit und Leben ein Behandlungs-

1) vgl. hierzu und insgesamt zum Folgenden Jaspers, Die Idee des Arztes in 'Philosophie und Welt' S. 173

2) Ein Eingriff ohne "aufgeklärte" Einwilligung kann in diesen Fällen auch delikt- und strafrechtlich nicht aus anderen Gesichtspunkten gerechtfertigt sein. Gegen die Annahme einer "mutmaßlichen Einwilligung" spricht das ernsthafte Aufklärungsverlangen, das die Einwilligung gerade von der Unterrichtung abhängig machen will. Ein Fall des übergesetzlichen Notstandes liegt wiederum nicht vor, da die Selbstbestimmung eben nicht hinter der bestmöglichen Heilung und Lebensrettung zurücktreten muß.

Der StGBE kann diesen Fall wohl unter § 162 Abs. III Ziff. 4 einordnen.

Nach erfolgter Aufklärung liegt, wenn der Patient die Heilbehandlung dennoch ablehnt, der unter (1) behandelte Fall vor.

3) vgl. Jaspers a. a. O.

4) sh. oben Seite 4 f

5) was auch Jaspers, Von der Wahrheit Bd. I S. 559 tun will.

6) Für den Fall fraglicher Ernsthaftigkeit der Ablehnung eines Eingriffs führte RGZ 151, 355 aus, daß Widerwille und Angst die Einwilligung nicht ausschließen, die tatsächlich gewollte Vornahme des Eingriffs nicht verhindern könnten.

recht ohne Aufklärung auch gegenüber dem die Wahrheit ernsthaft fordernden Patienten:

"Le droit du malade à la vérité a pour première limite sa capacité de la connaître sans dommage majeur"

sagt selbst SAVATIER 1).

Diese eben auch von den deutschen Ärzten geforderte Beschränkung der Entscheidungsbefugnis des Kranken ist jedoch keine annehmbare Lösung des Problems.

Dem zur freien Entscheidung angelegten (wenn auch im Einzelfall sicher nicht immer fähigen oder auch nur gewillten) Menschen muß die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Selbstbestimmung für jeden Fall erhalten werden 2).

Es ist unverkennbar, daß die Auslegung der Patientenerklärung auf größte Schwierigkeiten stoßen kann, weil sie letztlich zur Frage nach dem Wesen menschlicher Existenz führt. Dem Arzt (und in Nachprüfung der Richtigkeit seiner Auslegung dem Richter) wird die Beurteilung der Persönlichkeit des Patienten übertragen, wobei in seiner eigenen Person die "Vernunft" ohne weiteres vorausgesetzt wird.

Um dem wirklich aufklärungsbereiten Patienten auf jeden Fall die Möglichkeit umfassender Unterrichtung zu sichern, muß man bei ausdrücklichem Wahrheitsverlangen in der Regel von der Ernsthaftigkeit des Wahrheitswunsches ausgehen.

Nur wenn der Arzt aufgrund deutlicher konkreter Anhaltspunkte erkennen kann, daß der Kranke die heilungsschädliche Aufklärung in Wirklichkeit nicht will, muß er von dem formellen Wahrheitsverlangen ausnahmsweise nicht auf eine beachtliche, echte Höherwertung der Selbstbestimmung vor der bestmöglichen Heilung schließen.

In diesem beschränkten Rahmen muß dem Arzt eine Ermessensentscheidung zugestanden werden.

Das mit der Beurteilung der Frage verbundene Risiko, ob sich seine Entscheidung im Rahmen des Ermessensspielraums bewegt, muß der Arzt als der für den Patienten Handelnde tragen.

1) Traité No. 270; es liegt dann schon bei der Gefahr entscheidender Gesundheitsbeeinträchtigung durch Aufklärung der unter (1) behandelte Fall vor.

2) Das dieser These zugrunde liegende Problem wird hier zum rein philosophischen. Es ist die Frage nach dem Wesen des Menschen, der aber hier nicht weiter nachgegangen werden kann.

Darf der Arzt nach "pflichtgemäßem Ermessen" annehmen, daß das Aufklärungsverlangen nicht ernsthaft ist, liegt eine den im folgenden Abschnitt behandelten Fällen entsprechende Situation vor.

6. Die Ermittlung der Entscheidung des Patienten bei nicht ausdrücklich vorhergegangener Wertung

Wenn auch im Wege über die direkte Auslegung des Arztvertrages ein beträchtlicher Teil der vermeintlichen Konfliktsfälle ausgeschaltet werden kann, so verbleiben doch immer noch genügend Situationen, in denen eine Wertung des Patienten aus dem Vertrag nicht ohne weiteres abzulesen ist.

Die Pflichten zur Achtung der Selbstbestimmung und zur Heilung können bei möglicher Heilungsbeeinträchtigung durch Aufklärung hier tatsächlich in Konflikt geraten. Nach deutscher Rechtsprechung darf die Aufklärung in Erwartung ernsthafter zusätzlicher nachteiliger Folgen unterbleiben 1). Diese werden bei dem den Befund kennenden Patienten kaum jemals ausgelöst werden können, die bloße Gefahr der Ablehnung des Eingriffs nach Unterrichtung über die gegen ihn sprechenden Gesichtspunkte reicht jedoch nicht aus, um die Aufklärung entfallen zu lassen. Kennt der Patient den Befund nicht, so kann die Aufklärung hierüber und unter Umständen auch über die Behandlungsgefahren, ja sogar über die Maßnahme selbst 2) unterbleiben, wenn Fragen nach dem Grund zur Behandlung zu erwarten sind, denen dann doch die Mitteilung des Befundes folgen müßte.

Im französischen Recht waren diese Fälle kaum behandelt 3). Die "mensonge optimiste" wurde in engem Rahmen für zulässig erachtet, ohne daß diese Ausnahmen systematisch erfaßt worden wären.

Der BGH hat für diese Fälle den Ersatzrechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung angedeutet und damit die Parallele zum einwilligungsunfähigen Patienten gezogen 4).

Bei wiederum gebotener vertragsrechtlicher Untersuchung taucht jedoch die Frage auf, ob dieser Rückgriff auf einen Ersatzrechtfertigungsgrund überhaupt erforderlich ist.

Inhalt des Arztvertrages sind sowohl der uneingeschränkte Heilauftrag als auch die Verpflichtung zur umfassenden Beachtung des Selbstbestimmungsrechts, die aber bei notwendig werdender heilungsschädlicher Aufklärung kollidieren. Voll-

1) vgl. BGHZ 29, 186

2) sogar weitergehend als StGB § 162 Abs. III Ziff. 1, vgl. oben S. 60

3) vgl. oben S. 57 f, und über die weitergehenden Ansichten von Rouchy und Kornprobst vgl. oben S. 62

4) BGHZ 29, 186; so auch der dem § 162 Abs. III StGB zugrunde liegende Gedanke.

ständige Erfüllung beider sich hier widersprechender Pflichten kann der Patient nicht wollen. Er hätte in dem vermeintlich alle Fragen regelnden Vertrag eine Entscheidung darüber treffen müssen, welcher Verpflichtung er im Kollisionsfalle den Vorrang einräumen will.

Diese Entscheidung des Patienten nachträglich noch herbeizuführen ist nicht möglich. Denn sobald der Arzt im Hinblick auf einen konkreten Eingriff die Frage: bestmögliche Heilung oder uneingeschränkte Aufklärung stellt, ist das Entscheidende, daß nämlich die konkrete Aufklärung heilungsnachteilige Umstände beinhalten würde, schon gesagt. Die Gesundheit des Patienten kann durch dieses Wissen schon beeinträchtigt werden; der Wertung des Kranken, der möglicherweise der Heilung den Vorrang geben wollte, wurde vorgegriffen 1).

Die fehlende Entscheidung des Patienten kann jedoch wiederum im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ermittelt werden.

Sie greift ein, wenn die Vertragspartner eine Frage, die der Regelung im Vertrag bedurft hätte, nicht geregelt haben, weil sie an diesen Punkt überhaupt nicht gedacht haben oder aber eine ausdrückliche Regelung nicht für notwendig hielten - wenn also eine Vertragslücke vorliegt 2).

Eben dieser Fall liegt bei fehlender Wertung des Patienten vor 3).

-
- 1) Es zeigt sich, daß der Arzt sich auch und gerade dann in Schwierigkeiten befinden kann, wenn er den Patienten tatsächlich aufklären könnte;
Der Arzt muß nicht nur nicht immer aufklären wenn er kann, (vgl. dazu aber Bockelmann, NJW 1961, 950) sondern darf es auch immer dann nicht ohne weiteres, wenn er damit die Entscheidung des Kranken vorwegnehme.
 - 2) vgl. Larenz NJW 1963, 737 f.; "Auch die Vertragslücke ist nichts anderes als eine planwidrige Unvollständigkeit der von den Parteien im Vertrag getroffenen Regelung. Diese Regelung enthält keine Bestimmung darüber, wie eine bestimmte Frage geregelt sein soll, deren Regelung aber durch den Vertragszweck ... gefordert ist."
 - 3) Man könnte allerdings daran denken, dem Arzt, der das Notwendigwerden heilungsbeeinträchtigender Aufklärung unter Umständen voraussehen kann, eine Verpflichtung zur Veranlassung der Wertung: Heilung - Selbstbestimmung aufzuerlegen. Im Gegensatz zu der erst im Einzelfall einsetzenden und die Höherwertung der Selbstbestimmung bereits voraussetzenden Aufklärungspflicht könnte die "Pflicht zur Wertungsveranlassung" den Patienten auf die eigentlich ausschlaggebende Entscheidung eben nicht nur des Wie, sondern des Ob der Selbstbestimmung aufmerksam machen. Diese "Wertungsveranlassung" wäre wahre Fürsorge für den Kranken, nicht aber die Entscheidung des Arztes anstelle des Patienten. Vgl. dazu auch unten S. 96.

Die dogmatische Rechtfertigung einer solchen Verpflichtung bedürfte jedoch noch einer genaueren Untersuchung.

Die Antwort auf die Frage wird aus dem Sinn und dem von beiden Parteien anerkannten Vertragszweck zu ermitteln versucht, denn nach Treu und Glauben muß jeder das als Inhalt des Vertrages miterklärt gelten lassen, was sich aus dem Grundgedanken des Vertrages als durch diesen selbst gefordert ergibt 1). Hierbei ist nicht nur auf den hypothetischen Parteiwillen, sondern auf das Verständnis eines objektiv denkenden Beurteilers abzustellen 2).

Wenn wir nun oben einerseits sahen, daß die grundsätzliche Beachtung des Selbstbestimmungsrechts auf dem Wege über die Vertragsergänzung zum Inhalt des Arztvertrages wurde, so ergibt sich eben über die ergänzende Vertragsauslegung aus dem Sinn und der Natur des Rechtsverhältnisses zwischen Arzt und Patient andererseits jedoch, daß in Fällen der Kollision mit dem Heilauftrag diesem der Vorrang einzuräumen ist. Denn tatsächlich ist in den meisten Fällen die angestrebte Heilung das "essentiale negotii" und nicht die Nebenpflicht zur Achtung der Selbstbestimmung und der damit verbundenen Aufklärung.

Ist in direkter Auslegung der Willenserklärung des Patienten keine Wertung erkennbar, so muß er nach der einsetzenden ergänzenden Auslegung eine Einschränkung seiner Selbstbestimmungsbefugnis, einen Verzicht auf die heilungsschädliche Aufklärung als miterklärt gelten lassen.

Seine Einwilligung ist also auch ohne Aufklärung über die Verzichtspunkte als "begrenzte Generaleinwilligung" wirksam 3). Ein Rückgriff auf die mutmaßliche Einwilligung erübrigt sich. Man kann demnach folgenden Grundsatz formulieren:

Bringt die Aufklärung eine wesentliche Beeinträchtigung der Heilung (Verminderung der Gesundungschance oder sogar zusätzlichen bedeutenden Schaden) mit sich und hat der Patient den Heilauftrag nicht ernsthaft ausdrücklich oder konkludent zugunsten der steten Beachtung seiner Selbstbestimmungsbefugnis eingeschränkt, so kann der Arzt davon ausgehen, daß der Heilwunsch des Patienten der stärkere ist ohne ihn für den konkreten Fall ausdrücklich zu einer Wertung veranlassen zu müssen.

1) vgl. Larenz § 8 II, Soergel/Siebert zu § 157 BGB Anm. 82

2) Larenz a. a. O.

3) vgl. oben Seite 70; vgl. hierzu auch Ziegler § 9 II 1, Steindorff JZ 1960, 139, die ebenfalls davon ausgehen, daß der Patient die heilungsschädliche Aufklärung vom Arzt eigens verlangen muß.

III. Zusammenfassung

Wenn das französische Recht auch keine durchgeformte systematische Lösung des Problems einer Aufklärung trotz medizinischer Bedenken vorzuweisen hat, so zeigt doch der vertragsrechtliche Ansatzpunkt den richtigen Weg. Eben die Beachtlichkeit der Patientenäußerungen in allen ihren Intentionen und nicht nur der möglichen Abwehr eines Eingriffs wird der Grund dafür sein, daß die Auseinandersetzung im französischen Rechtsbereich bei aller grundsätzlichen Forderung der Selbstbestimmung für den Patienten sich in den Grenzfällen nicht mit der der deutschen Diskussion anhaftenden Schärfe zuspitzt und so einer elastischen Behandlung Raum gelassen hat.

Der Versuch einer dogmatischen Rechtfertigung hat gezeigt, daß im Wege der direkten und der ergänzenden Vertragsauslegung die vermeintlichen Kollisionen zu lösen sind.

Wo die Verpflichtungen zur Heilung und zur Beachtung der Selbstbestimmung kollidieren, also bei der heilungsschädlichen Aufklärung, muß der Patient eine Wertung vornehmen, die im Zweifel aus dem Sinn des Arztvertrages als zugunsten des Heilauftrages vorgenommen anzusehen ist. Die die Gesundheit entscheidend gefährdende Aufklärung darf und muß dann entfallen, wenn der Arzt nicht andererseits wegen Verletzung des Heilauftrages belangt werden will. Die heilungsschädliche Aufklärung muß der Patient vom Arzt also eigens verlangen. Er kann sie aber nach deutschem Recht immer fordern, auch wenn der Arzt in der Aufklärung eine lebensgefährliche Bedrohung erblickt.

Das Aufklärungsverlangen ist jedoch insbesondere in den schwerwiegenden Fällen auf die Ernsthaftigkeit des Wunsches zur Unterrichtung auch über lebensbedrohliche Umstände zu untersuchen. Im Zweifel muß aber auch in diesen Fällen davon ausgegangen werden, daß der restlose Aufklärung verlangende Patient die Wahrheit wirklich wissen will.

Nach französischer Ansicht kann der Patient demgegenüber keine Aufklärung mehr verlangen, wenn ihm daraus ein "dommage majeur", eine lebensgefährliche Situation entstehen könnte.

Gegen den Willen des Kranken ist ein Eingriff nach deutschem Recht außer in den Fällen des Selbstmords gar nicht möglich. Der Arzt muß jedoch versuchen, durch Aufklärung über alle für die Behandlung sprechenden Tatsachen die Einwilligung zu erlangen. Dieses Bemühen und damit aber gleichzeitig der Eingriff selbst darf und muß unterbleiben, wenn die Aufklärung mit Sicherheit schädlicher für den Patienten sein wird als die Unterlassung der Behandlung.

Eine Rechtfertigung aus Notstandsgesichtspunkten kommt wegen der bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit relevanten Höherwertung der Selbstbestimmung durch den über alle Punkte aufgeklärten Patienten nicht in Betracht.

Auch das französische Recht kennt kein generelles Behandlungsrecht. Bei dem den möglicherweise rettenden Eingriff ablehnenden Schwerkranken ist jedoch eine Behandlung gegen dessen nicht mehr relevanten Willen möglich. Rechtfertigung kann der Arzt hier, da unter Ausschaltung des Patientenwillens die Verpflichtung zur Heilung höher gewertet, das Rechtsgut Leben über das der Freiheit gestellt wird, aus dem Notstandsrecht erwarten.

Entscheidend ist bis zu den unterschiedlich festgelegten Grenzen - im deutschen Recht der Selbstmord, im französischen auch der ihm gleichgestellte Fall des Schwerkranken - der Wille des Patienten.

Insoweit besteht grundsätzliche Übereinstimmung auch mit den energischen Verfechtern der Selbstbestimmung des Kranken.

Bei der Ermittlung dieses Willens jedoch ergibt sich, daß er häufig eben nicht den ihm voreilig unterstellten Inhalt der Höherwertung der Selbstbestimmung vor der Heilung hat. Vielmehr muß oft von einer Betonung des Heilauftrages ausgegangen werden. Ohne dem Patienten eine Selbstbestimmungslast aufzuerlegen - wozu ebensowenig Berechtigung besteht wie zur Beschneidung seines Selbstbestimmungsrechts - wird ihm jedoch zumindest im deutschen Rechtsbereich andererseits die Möglichkeit erhalten, in allen Situationen erschöpfende Aufklärung zu erlangen. Es beeinträchtigt den Patienten keineswegs, daß er die Aufklärung im Grenzfall deutlich fordern muß, denn wer seine eigene Entscheidungsfreiheit ernsthaft auch unter Gefahr für seine Gesundheit oder gar das Leben erhalten will, wird dieses ihm so wichtige Anliegen auf jeden Fall dem Arzt gegenüber zum Ausdruck bringen und sich nicht stillschweigend auf eine Beachtung seiner Selbstbestimmungsbefugnis verlassen.

Auf der anderen Seite wird der Arzt nicht mit der in Wahrheit untragbaren Situation konfrontiert, zur Erfüllung zweier sich widersprechender Pflichten gehalten zu sein und Gefahr zu laufen, wegen Verletzung des Selbstbestimmungsrechts oder aber des Heilauftrages zur Verantwortung gezogen zu werden.

4. KAPITEL:

DIE HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN

A. ALLGEMEINES

Das Hauptanliegen dieser Arbeit war zwar die Untersuchung der Verpflichtung des Arztes zur Beachtung der Selbstbestimmung des Patienten und die sich hieraus ergebende Notwendigkeit einer Aufklärung, doch kommt den weiteren Haftungsvoraussetzungen eine so entscheidende praktische Bedeutung zu - denn auf das tatsächliche Haftungsergebnis kommt es in dieser arztrechtlichen Frage ja letztendes ganz wesentlich an -, daß sie zum Schluß noch ganz kurz dargestellt werden müssen.

Mangelnde Aufklärung zur Wahrung des Ablehnungsrechts des Patienten kann sich im deutschen Recht als positive Forderungsverletzung oder deliktsrechtlich als Verletzung des absoluten Rechts auf Gesundheit darstellen. So konstruiert jedenfalls der BGH 1) und mit ihm die wohl noch herrschende Meinung.

Bestrebungen, demgegenüber auf eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts abzustellen 2) konnten sich noch nicht durchsetzen. Wenn auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten auf seiner in Artikel 2 GG geschützten persönlichen Freiheit beruht, so erscheint doch die Heranziehung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach der gegenwärtigen Rechtslage nicht geboten. Solange der ärztliche Eingriff zivilrechtlich noch den Tatbestand einer Gesundheitsverletzung erfüllt, ist auf das ebenfalls aus der Garantie der Achtung vor der menschlichen Freiheit abgeleitete, konkretisierte einzelne Persönlichkeitsrecht auf körperliche Unversehrtheit als das speziellere abzustellen. Wenn aufgrund einer veränderten Tatbestandssicht des Strafrechts 3) der ärztliche Eingriff auch zivilrechtlich nicht mehr als Körperverletzung qualifiziert werden sollte, wäre die Frage einer Abwicklung über das allgemeine Persönlichkeitsrecht erneut zu überprüfen.

1) vgl. z. B. BGH 29, 179

2) vgl. dazu insbesondere Nipperdey § 101 II Anm. 21 und Weitenauer S. 2.

3) vgl. § 161 des StGBE:

"Eingriffe und andere Behandlungen, die nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zweck angezeigt sind und vorgenommen werden, Krankheiten, Leiden, Körperschäden körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, sind nicht als Körperverletzung strafbar.

Mangelnde Aufklärung zur Förderung eines Eingriffs oder einer Behandlung hindert die bestmögliche Erfüllung des Heilauftrages und kann je nach Art und Folgen der Beeinträchtigung eine Haftung wegen Nichterfüllung oder auch wegen Schlechterfüllung des Vertrages nach sich ziehen. Deliktsrechtlich kann eine Schadensersatzpflicht aufgrund einer Verletzung des Patienten durch Unterlassen entstehen.

Im französischen Recht kann - wie bereits gezeigt - 1) eine vertragliche Haftung wegen Verletzung der Pflichten zur Heilung oder zur Beachtung der Selbstbestimmung des Patienten oder eine deliktsrechtliche nach den allgemeinen der Artikel 1382, 1383 c. civ. in Betracht kommen 2).

Die Haftung wegen der Verletzung einer Verpflichtung oder eines Rechts ist jedoch vertrags- und deliktsrechtlich in beiden Rechtsordnungen an das Vorliegen folgender zusätzlicher Voraussetzungen geknüpft:

1. Es muß ein Schaden vorliegen;
2. die Pflichtverletzung muß rechtswidrig und schuldhaft sein;
3. die Pflichtverletzung muß für den Schaden ursächlich geworden sein.

Darüber hinaus muß der Schaden nach bestimmten Gesichtspunkten seiner Höhe nach ermittelt werden und der Haftungstatbestand im Streitfall erwiesen sein.

B. DER BEGRIFF DES ERSATZFÄHIGEN SCHADENS

Ersatzfähig ist im deutschen Recht in der Regel nur der Vermögensschaden, ein immaterieller nur, falls er durch Naturalrestitution beseitigt werden kann (§ 249 BGB) oder aber im Gesetz besonders vorgesehen ist (§ 253 BGB) wie vor allem in § 847 BGE.

Im französischen Recht stehen sich im Gegensatz hierzu ganz allgemein "dommage pécuniaire" und "dommage moral" gegenüber. Letzterer umfaßt keineswegs nur einen Anspruch wegen körperlicher Schmerzen, ein pretium doloris, sondern einen Anspruch wegen seelischer Leiden, zum Beispiel wegen Mißachtung von Ruhe, Sicherheit und insbesondere der persönlichen Freiheit 3).

1) sh. dazu näher oben S. 25 ff

2) Art. 1382 c. civ. :

"Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer."

Art. 1383 c. civ. :

"Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence."

3) vgl. zum ganzen Savatier, Responsabilité Bd. II S. 92.

Der "dommage moral" entspricht dem im deutschen Recht in analoger Anwendung des § 847 BGB bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuerkannten Genugtuungsanspruchs, der jedoch wegen der tatbestandlichen Einordnung als Gesundheitsverletzung auch deliktsrechtlich nicht zum Tragen kommt.

Im französischen Recht kommt theoretisch sowohl bei vertrags- als auch bei deliktsrechtlicher Haftung ein Ersatzanspruch also auch in den Fällen in Betracht, in denen der eigenmächtige Eingriff des Arztes gelingt und der Patient einen gesundheitlichen Schaden nicht erlitten hat.

SAVATIER 1) gesteht dieser Auffassung, die den Arzt nur wegen der Mißachtung der Entscheidungsfreiheit unabhängig vom Eintritt einer materiellen Beeinträchtigung für ersatzpflichtig hält, große theoretische Bedeutung zu:

"Nous ne méconnaissant pas la force théorique que peut, à un certain niveau humain, présenter ce raisonnement ...";

doch handele es sich hier um "dommage - intérêt de principe", der im Arzt-Patient-Verhältnis nicht gerechtfertigt sei. Eine Genugtuung gegenüber dem wohlmeinenden Arzt soll dem Patienten nicht zustehen.

Angesichts dieser Argumentation drängt sich die Frage auf, ob denn im deutschen Recht selbst bei Abwicklung über das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Regel dem Patienten dieser Genugtuungsanspruch überhaupt zustehen würde. Der BGH 2) hat bei grundsätzlicher Bejahung der Sanktion für eine ideelle Beeinträchtigung festgestellt, daß das Wertsystem des Grundgesetzes zugleich eine Beschränkung der Zuerkennung dieses Genugtuungsanspruchs verlange.

Er soll nur dann bestehen, wenn die Art der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine Sanktion fordert. Dies ist nur dann der Fall, wenn den Schädiger der Vorwurf einer schweren Schuld trifft oder wenn es sich um eine objektiv erheblich ins Gewicht fallende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts handelt. Es soll also dem Betroffenen auch im deutschen Recht nicht nur "aus Prinzip" ein Anspruch gewährt werden.

Der Vorwurf einer "schweren Schuld" würde einen eigenmächtig heilenden Arzt kaum je treffen können und auch eine "objektiv erhebliche Beeinträchtigung" der persönlichen Freiheit des Patienten wird nur in wenigen Extremfällen vorliegen und den Arzt zur Leistung einer Genugtuung für den ungewollten geglückten Heileingriff verpflichten.

Die französische und die herrschende deutsche Lehre stimmen darin überein, daß der Arzt nur bezüglich des materiellen Schadens ersatzpflichtig ist. Auch

1) Anm. zu Cass. civ. D 1955 J 249

2) BGH JZ 1962, 120

bei einer Abwicklung über das allgemeine Persönlichkeitsrecht würde sich die Lage in Deutschland im Ergebnis kaum wesentlich anders gestalten. Dem ist zuzustimmen, denn der Jurist sollte sich darauf beschränken, den Patienten vor effektiven Schäden zu bewahren ohne in das für ihn nicht immer leicht zu beurteilende Vertrauensverhältnis des Kranken zu seinem Arzt weiter als unbedingt erforderlich eindringen zu wollen.

Die Eigenmächtigkeit des Arztes hat nur eine Risikoverlagerung vom Patienten auf den Arzt zur Folge. "En somme", sagt Savatier, "le défaut de consentement du malade garde seulement cette conséquence que le médecin n'est préjudiciable au malade que si l'opération n'a pas les résultats utiles qu'elle poursuivait." 1)

C. SCHULDHAFTE VERTRAGSVERLETZUNG ODER ERFÜLLUNG EINES DELIKTSTATBESTANDES

Eine Schadensersatzpflicht besteht nach deutschem Recht nur, wenn der Arzt eine Verletzung zu vertreten hat (§ 276 BGB); nach französischem, wenn ihm ein "faute" zur Last fällt 2).

Eine vorsätzliche Verletzung - "faute dolosive" (im Vertragsrecht) oder "faute délictuelle" (im Deliktsrecht) - wird dem Arzt in den seltensten Fällen nachgesagt werden, vielmehr wird ihn regelmäßig der Vorwurf der Fahrlässigkeit - "faute non-dolosive" oder "faute quasi-délictuelle" - treffen.

Wie der Begriff der Fahrlässigkeit im deutschen Zivilrecht nach objektiven Gesichtspunkten abgegrenzt wird, wird sie im französischen bezeichnet als

"une erreur de conduite telle quelle n'aurait pas été commise par une personne avisée placée dans les mêmes circonstances externes que l'auteur de dommage." 3)

Nach diesen Grundsätzen ist insbesondere auch der dem Arzt wohl am häufigsten vorgeworfene Irrtum über das Vorliegen oder die Wirksamkeit einer

1) Savatier D 1948 J 299

2) Der Begriff "faute" beinhaltet die Verletzung einer Pflicht, "violation de devoir" und das Verschulden, die Vorwerfbarkeit: "l'imputabilité". Er faßt die im deutschen Recht in Rechtswidrigkeit und Schuld aufgeschlüsselten Haftungsvoraussetzungen zusammen, es entfällt also das Institut des deliktsrechtlichen "Rechtfertigungsgrundes". Zwischen "faute délictuelle" und "faute contractuelle" besteht kein wesensmäßiger Unterschied. Vgl. Mazeaud Bd. I No. 679, 687, 692 f.; Savatier, Responsabilité Bd. I S. 7.

3) Mazeaud Bd. I No. 439.

(generellen oder speziellen) Einwilligung, letztlich also der Irrtum bei der zentralen Frage der Auslegung der Willensäußerungen des Kranken zu beurteilen. Dürfte der Arzt hiernach von einer bestimmten Wertung des Patienten ausgehen, kann ihn auch der in Wahrheit abweichende Wille des Kranken nicht ersatzpflichtig machen 1).

D. DIE KAUSALITÄT ZWISCHEN VERLETZUNG UND SCHADEN

Ausgangspunkt der Kausalitätsprüfung ist das schadenstiftende Ereignis 2). Das Reichsgericht 3) hat für den Fall, daß bei einem Eingriff gar keine Einwilligung einzuholen versucht wurde ausgeführt, daß die schadenstiftende Handlung eben die Vornahme des Eingriffs selbst, also ein positives Tun sei. Das Urteil läßt aber erkennen, daß bei Vorliegen einer mangels Aufklärung unwirksamen Einwilligung nicht die Vornahme des Eingriffs, sondern die unzureichende Belehrung - eine Unterlassung - als das schadenstiftende Ereignis anzusehen gewesen wäre. Es soll also die Verletzung bei Fehlen jeglicher Unterrichtung - auch über den Eingriff als solchen - in einem Tun, beim Fehlen nur der Aufklärung über die für oder gegen die Behandlung sprechenden Gesichtspunkte in einem Unterlassen bestehen.

Diese Unterscheidung, zu der sich der BGH noch nicht klärend geäußert hat 4), erscheint inkonsequent.

Der Arzt hat die vertragliche Verpflichtung (oder im Rahmen des Deliktsrechts die allgemeine Rechtspflicht), den Patienten vor einer Maßnahme nach seiner Entscheidung zu fragen. Diese Verpflichtung hat er erst dann erfüllt, wenn er sich einer wirksamen Entscheidung (*consentement libre et éclairé*) versichert hat. Es kann keinen Unterschied machen, ob der Arzt gar keine oder nur eine unwirksame Einwilligung einholt, denn auch im letzteren Fall liegt eine rechtlich erhebliche Entscheidung eben nicht vor. Das schadenstiftende Ereignis ist demnach

1) Auch für das Strafrecht soll nach der eingeschränkten Schuldtheorie (vgl. Schönke zu § 59 V 3) bei dem Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes der Vorsatz ausgeschlossen sein. Vgl. aber Bedenken bei Niese S. 381 und 382.

2) Eine Ursächlichkeit läßt sich im philosophischen Sinne nur für positive Handlungen erforschen, nicht aber für Unterlassungen. Hier ist nur eine Wahrscheinlichkeitsrechnung möglich: wie wäre die Kausalitätskette ausgefallen, wenn die unterlassene Handlung vorgenommen worden wäre. Im juristischen Zusammenhang kann man jedoch ruhig von einer Kausalität der Unterlassung sprechen.

3) RGZ 163, 129

4) In BGH NJW 1956, 1106 blieb diese Frage dahingestellt.

immer in der Unterlassung der gebotenen Förderung der Selbstbestimmung des Patienten und der daraus entspringenden Verpflichtung zur Befragung und Unterrichtung des Patienten zu sehen 1).

Die Notwendigkeit dieser einheitlichen Betrachtungsweise haben die Franzosen, von einer allgemeinen Pflicht zur Einholung eines "consentement libre et éclairé" ausgehend, ohne weiteres richtig erkannt.

Im Fall ROUSSELIN/ANGAMARRE 2) bezeichnet die Cour de Cassation das schadenstiftende Ereignis ganz allgemein als "défaut d'information" und SAVATIER führt in seiner Anmerkung zum geschilderten Urteil der Cour d'Angers vom 14. 3. 1947 3) unter Hinweis auch auf die Ansicht von Garraud und Laborde-Lacoste aus:

"De fait, ce qu'on reproche au médecin est moins le défaut de consentement du malade que le défaut des démarches pour s'assurer de ce consentement préalable. C'est le fait d'avoir passé outre à ces démarches que lui est imputable ..."

Es soll also nicht auf die Tatsache des Eingriffs ohne Einwilligung, sondern auf die Unterlassung der Bemühungen um ihre Erlangung ankommen. Ebenso besteht das haftungsbegründende Ereignis in einem Unterlassen, wenn der Arzt nicht - wie ihm der Heilauftrag gebietet - durch Aufklärung die Ablehnung des Patienten zu überwinden sucht. In einem Tun besteht das schädigende Ereignis lediglich beim Eingriff gegen den aufgeklärten Willen des Patienten. Ein "Nichthandeln" ist nach deutschem Recht nun nur dann kausal, wenn die unterlassene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfielen 4).

Es hätte also der durch den eigenmächtigen Eingriff herbeigeführte Schaden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nach Befragung des Patienten nicht eintreten dürfen; das heißt es muß nach deutscher Auffassung mit eben dieser Sicherheit davon ausgegangen werden können, daß die Einwilligung

1) Zu einer einheitlichen Betrachtung des schadenstiftenden Ereignisses als positives Tun kommt man, wenn man wie Ziegler § 11 nicht eine vertragliche Verpflichtung zur Achtung der Selbstbestimmung dem Heilauftrag gegenüberstellt, sondern von einer umfassenden allgemeinen Beratungspflicht ausgeht.

Dann ist die Frage nach der hypothetischen Entscheidung des Patienten bei richtiger Pflichterfüllung des Arztes nicht im Rahmen der Kausalitätsprüfung, sondern nur für die Frage der Schadensberechnung von Bedeutung.

2) Cass. civ. JCP 1961 II 12129

3) D 1948 J 298

4) Vgl. zu diesen Grundsätzen RGZ 171, 168 und Larenz NJW 1953, 686 zu BGH NJW 1953, 700.

bei Unterrichtung des Kranken nicht erteilt und der schädigende Eingriff daher unterblieben wäre, oder daß bei Aufklärung über die für die Behandlung sprechenden Punkte der Patient eingewilligt hätte und der Krankheitsverlauf durch den Heileingriff hätte aufgehalten werden können.

Diese hohe Wahrscheinlichkeit wird relativ selten dargetan werden können, und es ist zu fragen, ob hier nicht die an eine "Kausalität der Unterlassung" zu stellenden Anforderungen überspannt werden 1).

Im französischen Recht genügt die bloße Möglichkeit einer abweichenden Kausalkette ebenfalls nicht, doch gibt man sich wohl mit einem geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad eines anderen Verlaufs zufrieden. MAZEAUD 2) wirft der deutschen Kausalitätslehre eine zu sehr philosophisch orientierte Betrachtungsweise - das heißt hier eine zu weitgehend geforderte Annäherung der Wahrscheinlichkeit an die Sicherheit wirklicher Kausalität - vor. Wiederum finden wir im französischen Recht eine weniger theoretische und wie es scheint lebensnähere Betrachtung.

Einerseits soll man nach SAVATIER 3) bei Heileingriffen vermutungsweise davon ausgehen können, daß der Kranke bei Befragung als "vernünftiger" Mensch eingewilligt hätte, andererseits wird dem Patienten jedoch der Gegenbeweis erleichtert 4).

1) Hier ist anzusetzen, um die sich für den Patienten ergebenden Schwierigkeiten zu verringern. Man wird aber nicht, wie Ziegler § 11 es versucht, vom für den Patienten negativen und daher unerwünschten Ergebnis her die Konstruktion ändern und aus diesen Gründen das schadenstiftende Ereignis in einem positiven Tun sehen dürfen.

Die Prüfung der Pflichtwidrigkeit als Unterlassung erscheint auch deshalb richtiger, weil sie im Deliktsrecht die Indikation der Rechtswidrigkeit, die eben zum heilungs- und nicht verletzungsbetonten Charakter des Arzt-Patient-Verhältnisses nicht paßt, vermeidet. Aus dem gleichen Grund wollen Nipperdey und Geilen den Begriff der Sozialadäquanz heranziehen.

Hat der Arzt den Patienten aber unterrichtet und lehnt dieser die Behandlung ab, so beruht eine Verletzung nach dennoch vorgenommenem Eingriff allerdings auf einem Tun, dem Handeln gegen den aufgeklärten Willen des Kranken. Der Arzt hat nicht die Förderung der Selbstbestimmung und die Herbeiführung einer Entscheidung unterlassen, sondern unter ihrer Nichtachtung anders gehandelt.

2) Mazeaud Bd. II No. 1424

3) D 1948 J 299

4) Zu den Beweisfragen vergleiche näher unter S. 90 ff.

E. DER UMFANG DES ZU ERSETZENDEN SCHADENS

I. Die Schadenszurechnung

Zum Ersatz verpflichtet aber noch nicht jeder durch das haftungsbegründende Ereignis verursachte, an sich ersatzfähige Schaden.

Für das französische Recht bestimmt Artikel 1151 c.civ. im Hinblick auf die vertragsrechtliche Haftung ausdrücklich:

"Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention."

Auch für das Deliktsrecht wird entgegen der allgemeinen Ersatzverpflichtung des Artikel 1382 c.civ. nur der direkte Schaden für ersatzverpflichtend gehalten 1).

Die Unterscheidung in direkten oder unmittelbaren und indirekten Schaden entspricht nicht der deutschen Unterscheidung zwischen mittelbarem und unmittelbarem Schaden.

Es geht bei diesen Begriffen des französischen Rechts um die Frage, für welchen von ihm verursachten Schaden dem Verletzer die Verantwortung aufzuerlegen ist. Der Begrenzung der Verpflichtung zum Schadensersatz dient im deutschen Recht der Begriff der Adäquanz, der bisher wesentlich im Rahmen der Kausalität diskutiert wurde.

Die selbständige Betrachtung der Einschränkung der Ersatzverpflichtung bestätigt die Richtigkeit der auch in Deutschland immer mehr vordringenden Lehre 2), daß es sich bei der Frage der Adäquanz nicht um ein Kausalitätsproblem, sondern um die objektive Zurechenbarkeit des Schadens unter die Verantwortung des Verursachers handelt.

II. Die Schadensberechnung

Der zu Anfang berichtete Grundsatz des Schadensersatzrechts beider Länder beinhaltet nicht nur, daß dem Verletzten der gesamte ersatzfähige Schaden zu erstatten ist, sondern auch, daß er andererseits nicht besser zu stellen ist, als er ohne das schädigende Ereignis stehen würde.

Aufgrund dieses Bereicherungsverbots ist zum einen die Frage zu untersuchen, ob

1) vgl. Mazeaud Bd. II No. 1669 mit Rechtsprechungsnachweisen unter No. 1674

2) vgl. vor allem Larenz § 65 I a

Ereignisse, die unabhängig vom konkreten Ursachenverlauf einen haftungsbegründenden Schaden herbeigeführt hätten, bei der Schadensberechnung zu berücksichtigen sind, und andererseits zu fragen, ob sich der Verletzte etwaige, durch das haftungsbegründende Ereignis mitverursachte Vorteile anrechnen lassen muß.

1. Die Berücksichtigung sogenannter hypothetischer Schadensursachen

Die Berücksichtigung hypothetischer Ursachen hat die Rechtsprechung des BGH im Anschluß an eine Entscheidung des OHG Köln 1) als ein Problem der Schadensberechnung im Rahmen des § 249 BGB erkannt 2), das mit der "hypothetischen Kausalität" der haftungsbegründenden Unterlassung nicht identisch ist.

Die hypothetischen Schadensursachen sollen jedoch nur in beschränktem Rahmen Berücksichtigung finden.

Auswirkungen von bereits zur Zeit des Schadensereignisses vorhandenen Anlagen sollen generell berücksichtigt werden, ganz neu hinzukommende Ereignisse nur in Bezug auf den mittelbaren Schaden 3).

Im Rahmen des Arzt-Patient-Verhältnisses interessieren speziell die ersteren Fälle. Nicht selten wird der Arzt, dem ein mißlungener eigenmächtiger Eingriff zum Vorwurf gemacht wird, einwenden, daß ein entsprechender Schaden auch eingetreten wäre, wenn man der Krankheit ihren Lauf gelassen hätte 4).

Mit LARENZ 5) und NIEDERLÄNDER 6) ist zu sagen, daß es sich in diesen praktisch wichtigsten Fällen einer bereits vorhandenen Anlage gar nicht um ein hypothetisches Schadensereignis, sondern um eine bereits im Zeitpunkt der Verletzung vorhandene Wertminderung handelt.

Die Krankheit, die aufgrund der Anlage entsteht, kann andersartig sein als der durch den Eingriff herbeigeführte Nachteil. Entscheidend ist nur, daß der materielle Schaden - etwa also die Minderung der Erwerbsfähigkeit - den gleichen Umfang hat.

Auch diese an Boden gewinnende deutsche Lehre wird durch französische Autoren bestätigt.

1) OHG I, 309 = NJW 1949, 302

2) vgl. dazu Soergel/Siebert Vorbemerkung zu §§ 249 - 253 BGB, insbesondere Anmerkung 69; BGHZ 8, 288; 10, 6; 29, 215; BGH JZ 1959, 773

3) vgl. Larenz § 14 e; die Berücksichtigung der hypothetischen Ursachen für den mittelbaren Schaden ergibt auch das Gesetz in § 843 BGB.

4) Ein Beispiel: Ein Arzt operiert einen Augenkranken ohne dessen Wissen und Willen. Die Operation mißlingt, ein Auge erblindet. Kann der Arzt nachweisen, daß die Krankheit ohne den Eingriff zu dem gleichen Ergebnis geführt hätte, so ist dies vom Zeitpunkt des wahrscheinlichen Eintretens an zu berücksichtigen.

5) a. a. O.

6) AcP 153, 61

Wenn das französische Recht der Berücksichtigung "hypothetischer" Schadensursachen auch ausdrücklich skeptisch gegenüber steht 1), scheint es doch andererseits selbstverständlich, daß bereits angelegte Schadensursachen bei der Ermittlung des tatsächlich entstandenen Schadens zu berücksichtigen sind, eben weil es sich hier in Wahrheit nicht um hypothetische Ursachen handelt.

"D' ailleurs, quand la personne ou la chose endommagée était déjà avant l' accident d' une valeur réduite par suite d' un vice, il n' y a lieu à indemnité que dans la mesure de la perte de valeur par rapport à la valeur déjà réduite ... "

führt PLANIOL 2) aus und trifft damit genau den behandelten Fall.

2. Die Schadenskompensation

Nicht nur beim völlig, sondern auch beim nur teilweise mißlungenen Eingriff ohne Einwilligung ist eine Schadensersatzklage gegen den Arzt denkbar. Man nehme nur den Fall, daß ein Patient zwar von einem lebensbedrohlichen Leiden befreit wird, aber ein Gebrechen mit davonträgt; sei es, daß ihm ein Glied amputiert werden mußte oder daß er ein Sinnesorgan verlor.

Hat der Arzt in derartigen Fällen wirklich einen Schaden herbeigeführt? SAVATIER weist in diesem Zusammenhang auf den Gesichtspunkt der Schadenskompensation hin 3):

"Si le traitement réputé fautif a procuré au malade certains avantages, il doit en être tenu compte au médecin pour diminuer les dommages-intérêts susceptibles d' êtres mis à sa charge. "

Auch im deutschen Recht ist dieser Gedanke schon aufgetaucht 4), hat jedoch längst nicht die genügende Beachtung gefunden.

Eben weil das Fehlen der Einwilligung nur eine Verlagerung des Eingriffsrisikos auf den Arzt zur Folge hat, kann eine Haftung nicht begründet sein, wenn der Eingriff überwiegend gelingt.

Betrachtet man die Haftungsfälle im Hinblick auf eine mögliche Einschränkung der Ersatzpflicht auf dem Weg der Schadensberechnung, so wird wieder ganz deutlich, wie sehr es für das entscheidende praktische Ergebnis im Zivilrecht auf die scheinbaren Randfragen des Haftungsrechts ankommt.

1) vgl. Douai S 1946 II 121 mit Anm. Rabut

2) Planiol Bd. VI No. 682

3) in seiner Anm. zu Lyon JCP 1953 II 7541.

4) Vgl. Weitenauer S. 5 und Steindorff JZ 1960, 139

Kann kein Schaden festgestellt werden, erübrigt sich - ebenso wie beim Fehlen der Kausalität - eine Diskussion um eine eventuelle Verletzung der Aufklärungspflicht im konkreten Fall.

F. DIE BEWEISLAST

Häufig ausschlaggebender für das Ergebnis eines Rechtsstreits als die Beurteilung umstrittener Rechtsfragen ist die Verteilung der Beweislast.

Erwiesen müssen alle Haftungsvoraussetzungen sein, also Schaden, schuldhaft rechtswidrige Verletzung und der zwischen ihnen bestehende Kausalzusammenhang. In beiden Rechtsordnungen gilt das Prinzip 'actor incumbit probatio' 1), der Kläger - also der Patient - hat die die Klage begründenden Tatsachen zu beweisen. Dieser Grundsatz ist aber von Ausnahmen durchbrochen.

1. Er gilt zunächst für das Vorliegen eines Schadens sowohl im deutschen als auch im französischen Recht.
2. Für die schuldhafte Pflichtverletzung im Vertragsrecht scheint das Prinzip im französischen Recht bereits nicht mehr ausschließlich maßgebend zu sein 2).

Nach überkommener Auffassung besteht im Rahmen des Vertragsrechts immer eine "présomption de faute".

Der Kläger (also der Patient) hat die Existenz der fraglichen Verbindlichkeit (das Bestehen des Vertrages) zu beweisen; der beklagte Schuldner (der Arzt) soll dargetun müssen, daß keine schuldhafte Vertragsverletzung vorliegt, insbesondere also, daß er nicht eigenmächtig gehandelt oder gegen den Heilauftrag verstoßen hat 3).

- 1) vgl. zum deutschen Recht Rosenberg S. 90 ff.,
zum französischen Recht Perrot JCP 1951 II 6421

- 2) Art. 1315 c. civ. bestimmt:

"Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.
Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation."

und Art. 1147:

"Le débiteur est condamné s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part."

Vgl. zu den Beweisfragen Cass, civ. Gaz, Pal. 1934 I 131.

- 3) Cass, civ. Gaz, Pal. 1934 I 131

Im Deliktsrecht soll der Kläger dagegen auch das Vorliegen eines "faute" beweisen müssen 1). Nach insbesondere von MAZEAUD 2) entwickelter neuerer Lehre soll es für die unterschiedliche Beweislastverteilung nicht auf die Frage Vertrags- oder Deliktshaftung sondern darauf ankommen, ob es sich um eine "obligation déterminée" - eine auf die Erreichung eines bestimmten Erfolges gerichtete Pflicht - oder um eine Verhaltenspflicht - eine "obligation de diligence" handelt. Für die von den Schöpfern des Code Civil nicht bedachte "obligation de diligence" 3) passe das System der "présomption de faute" nicht.

Aufgrund der Artikel 1315 und 1147 c.civ. werde nur vermutet, daß eine erfüllte Verpflichtung auch richtig erfüllt, nicht aber, daß ihr gar nicht nachgekommen sei. Diese Bestimmungen seien eben nur für "obligations déterminées", als welche man bis zum Ende des neunzehnten Jahrhunderts alle vertraglichen Pflichten betrachtet habe 4), gedacht, deren Erfüllung oder Nichterfüllung sichtbar vom Eintritt des Erfolges abhängt.

Auf die "obligations de diligence", zu denen auch die ärztliche Verpflichtung zur Achtung der Selbstbestimmung gehört, will MAZEAUD die Vermutung daher nicht anwenden 5).

Auch die Cour de Cassation verneint eine "présomption de faute" zuungunsten des Arztes 6).

Es muß also der Patient das Bestehen der vertraglichen Verpflichtung und die schuldhafte Unterlassung des Einholens der Einwilligung oder andererseits die mangelnde Aufklärung aus Heilauftrag dartun.

Im deutschen Recht hat der aufgrund einer Vertragsverletzung klagende Patient ebenfalls das Vorliegen der vertraglichen Verpflichtung und deren Verletzung zu beweisen.

Er muß also zumindest dartun, daß die Einwilligung nicht vorlag oder daß andererseits die Aufklärung zur Überwindung der Ablehnung nicht erfolgte. Umstritten ist, ob er auch das Verschulden des Arztes nachzuweisen hat. Nach vordringender Auf-

1) vgl. Colin-Capitant et de la Morandière Bd. II No. 858, 1265 und Planiol DP 1896 II 457.

2) Mazeaud Bd. I No. 692 ff., insbesondere No. 694.

3) Eine Unterscheidung der verschiedenen Verpflichtungen hat sich erst später herausgebildet; vgl. Mazeaud Bd. I No. 694 und Tunc JCP 1945 I 449 No. 20.

4) Vgl. Mazeaud Bd. I No. 700; die außervertraglichen Pflichten waren demgegenüber immer Sorgfaltspflichten.

5) Zu diesen noch nicht ausdiskutierten Fragen vergleiche Beineix, Rev. trim. 1938, 657 ff.

6) Cass. civ. D 1952 J 53 mit Anm. Savatier und vorher Cass. civ. S 1937 I 270; S 1940 I 73 sowie Paris DH 1938, 377 und neuestens Cass. civ. JCP 1961 II 12129.

fassung 1) soll die Verschuldensvermutung des § 282 BGB eingreifen. Demnach muß sich der Arzt nach deutschem Recht exculpieren.

3. Im Rahmen des § 823 BGB muß der Patient im deutschen Recht bei Qualifikation des schädigenden Ereignisses als Unterlassung 2) ebenfalls die Rechtspflicht und ihre schuldhaftige Verletzung beweisen, das heißt er muß bei einer Klage wegen eigenmächtigen Eingriffs das Nichtvorliegen einer wirksamen Einwilligung (mangels ausreichender Aufklärung) und bei Klage wegen mangelnder Aufklärung aus Heilauftrag die Nichtaufklärung dartun.

Daß die Verlagerung der Beweislast auf den Patienten nicht abwegig oder überfordernd ist, lehrt der Blick auf das französische Recht.

Hier muß der wegen einer Verletzung der "obligation de diligence" klagende Patient ebenfalls den gesamten deliktsrechtlichen Tatbestand beweisen.

Gelingt dem Patient der Beweis der Haftungsvoraussetzung, muß der Arzt dartun, daß er - insbesondere durch Verzicht, auch durch mangelnde Ernsthaftigkeit des Aufklärungsverlangens - von der Verpflichtung zur Achtung und Förderung der Selbstbestimmung befreit war.

4. Auch der Kausalzusammenhang ist eine vom Patienten zu beweisende anspruchsbegründende Tatsache. Während der Patient in der Regel beweisen muß, daß er bei Aufklärung nicht eingewilligt oder - im gegenteiligen Fall - dem rettenden Eingriff zugestimmt hätte und der Schaden daher vermieden worden wäre, soll nach deutscher Rechtsprechung bei einer grob leichtfertigen Vertragsverletzung darüber hinaus auch im Arztvertrag eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität eintreten 3). Der Arzt muß den vermuteten Kausalzusammenhang widerlegen, also dartun, daß der Patient nach Aufklärung nicht anders entschieden hätte, der Schaden daher in jedem Falle eingetreten wäre.

5. Die ihm günstigen Argumente im Rahmen der Schadensberechnung muß nach allgemeinen Grundsätzen der Arzt anführen und beweisen.

Während der Patient nach französischem Recht also die gesamten Haftungsvoraussetzungen darzutun hat, ist seine Beweislast im deutschen Recht im vertragsrechtlichen Rahmen wenigstens durch die Verschuldensvermutung des

1) Vgl. Larenz § 23 I b

2) Nur, wenn man von einem positiven Tun ausginge, müßte der Arzt sich rechtfertigen und damit das Vorliegen einer Einwilligung beweisen.
Sh. dazu oben S. 85.

3) Vgl. BGH LM zu § 286 c No. 25 unter Hinweis auf RGZ 171, 168; sh. auch Blomeyer S. 104/105.

§ 282 BGB und die Beweislastumkehr hinsichtlich der Kausalität zwischen Verletzung und Schaden bei grob leichtfertigem Verhalten zugunsten des Patienten eingeschränkt.

Darüber hinaus sorgt die Anwendung der Regeln des prima-facie-Beweises für die Erträglichkeit der einseitigen Beweislastverteilung 1).

Wesentlich ist darüber hinaus, daß der Arzt den dem entscheidungswilligen Patienten am gefährlichsten werdenden Einwand des nicht ernsthaften Aufklärungsverlangens und des Verzichts auf Selbstbestimmung selbst beweisen muß 2).

1) Vgl. BGH LM zu § 286 c No. 25; Larenz NJW 1953, 686

2) Vgl. allgemein zur Beweislast des Patienten noch Grünwald ZStW 73, 10 und Rosenberg S. 183 ff. sowie S. 361 Anm. 6 und S. 363.

ZUSAMMENFASSENDE SCHLUSSBETRACHTUNG

Am Ende der Untersuchung angekommen darf man wohl die Hoffnung als bestätigt ansehen, daß die rechtsvergleichende Betrachtung uns auf dem Weg zur Lösung der Frage um Selbstbestimmung und Aufklärung des Patienten einen Schritt weiter führen kann.

Der Blick über die Grenzen des eigenen Rechtsgebietes hinweg eröffnete eine Fülle neuer Anregungen, Argumente und Betrachtungsweisen, an denen wir die eigenen Anschauungen überprüfen können, um sie etwa zu revidieren oder aber dennoch an ihnen festzuhalten.

I. Der erste grundlegende Unterschied konnte schon bei der Bestimmung der Voraussetzungen für jedes Entscheidungs- und Aufklärungsverlangen festgestellt werden - bei der Abgrenzung des Umfanges der persönlichen Freiheit des Patienten.

Zwar gehört die Befugnis zur freien Entscheidung - zur Selbstbestimmung - in Frankreich zu den "geheiligten Rechten", aber eben nur insoweit, als sie von der Rechtsordnung anerkannt ist, und das ist sie nur, soweit die Entscheidung zunächst nicht eklatant der Förderung der Gesundheit zuwiderläuft. Ablehnungsrecht und Privatautonomie sind begrenzt und am höchsten Ziel - der Erhaltung des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit - ausgerichtet (vergleiche oben Seite 14).

Die letztliche Höherbewertung des Lebens vor der persönlichen Freiheit steht im Gegensatz zur deutschen Rechtsauffassung, die die Freiheit nicht nur im Rahmen des Lebens, sondern (außer in Fällen des Selbstmordes) auch über Leben und Tod anerkennt.

II. Soweit die Entscheidung des Kranken für maßgebend gehalten wird, besteht in beiden Rechtsordnungen zum einen der Grundsatz, daß der Patient den Arzt wirksam zur Behandlung verpflichten - also positiv selbst bestimmen - kann, und zum anderen der, daß der Arzt nur mit Einwilligung des Kranken - also unter Wahrung seines Ablehnungsrechts - in dessen körperliche Integrität eingreifen darf.

Die dogmatische Trennung dieser beiden Seiten möglicher Selbstbestimmung haben wir als ganz wesentlich für die Begrenzung der notwendigen Aufklärung anerkannt (vergleiche oben Seite 23).

1. Die Verpflichtung zur Einholung der Einwilligung des Patienten unter Wahrung seines Ablehnungsrechts hat die französische Rechtsprechung richtig als die eigentliche Rechtspflicht des Arztes eingeordnet, die sich in der Regel aus dem Arztvertrag ergibt (vergleiche oben Seite 26).

Das "consentement" muß "éclairé" - muß aufgeklärt - sein. Die Auffassung

der deutschen Gerichte von der Aufklärung als Voraussetzung einer, hier allerdings vorwiegend deliktsrechtlich behandelten, wirksamen Einwilligung wird also bestätigt.

Festzuhalten ist aber, daß es sich hier nur um den einen Teilbereich der Aufklärung, eben den der gebotenen Unterrichtung im Zusammenhang mit dem Ablehnungsrecht, handelt.

Der Umfang der Aufklärung als Einwilligungsvoraussetzung wird in beiden Rechtsordnungen ähnlich abgegrenzt. Während die früheren Entscheidungen verhältnismäßig zurückhaltend waren und keine klare Linie erkennen lassen (vergleiche oben Seite 31 ff.), fordern die neueren Urteile sowohl in Deutschland als auch in Frankreich eine genauere Unterrichtung über die geplante Maßnahme, ihre Zweckmäßigkeit, die verschiedenen Therapien und insbesondere die Behandlungsrisiken, soweit sie für die Entscheidung eines "verständigen" Kranken wesentlich sein können.

Die Entscheidungswesentlichkeit wird in beiden Rechtsordnungen ähnlich nach den Gesichtspunkten der Häufigkeit und der Tragweite möglicher Komplikationen im konkreten Fall abgegrenzt (vergleiche oben Seite 43). Das französische Recht dehnt die Aufklärung nicht ganz so weit aus wie die deutsche Rechtsprechung. Es hält Risiken deswegen nicht so schnell für entscheidungsbeeinflussend und daher aufklärungsbedürftig, weil ein nach seiner Auffassung "verständiger" Mensch sie zur Erhaltung der so hoch bewerteten Gesundheit eben in Kauf nimmt. Nach deutscher Ansicht wird demgegenüber auch der Verzicht auf die Heilung wegen eines verhältnismäßig geringen Risikos als "verständige" Entscheidung beurteilt, die durch Aufklärung ermöglicht werden muß (vergleiche oben Seite 43 f.). Eine Aufklärung über den Befund fordern das deutsche und das französische Recht in diesem Zusammenhang nur, wenn der Patient die Vorstellung von einem schwereren als dem wirklich vorhandenen Leiden hat und möglicherweise durch diesen Irrtum zur Zustimmung in eine Behandlung veranlaßt wird (vergleiche oben Seite 44).

2. Eine weitgehendere Unterrichtung über die Diagnose kann jedoch zur Erlangung der Einwilligung notwendig werden.

Diese Verpflichtung zur Aufklärung - die "obligation à la vérité" - ergibt sich (als zweiter Teilbereich der Aufklärung) aus dem Heilauftrag oder einem Konsultationsvertrag (vergleiche oben Seite 48 f., 51).

Die Grundsätze über die Aufklärung im Dienst der freien Entscheidung des Patienten stimmen also in beiden Rechtsordnungen weitgehend überein. Deutlich wird der Auffassungsunterschied erst in den sogenannten Konfliktsfällen, in denen die Selbstbestimmung und Aufklärung nur unter der Gefahr einer Gesundheits- und Heilungsbeeinträchtigung möglich ist:

III. 1. Aus der letztlichen Höherbewertung des Lebens vor der persönlichen Freiheit im französischen Recht ergibt sich, daß der Kranke in lebensgefährlichen Situationen kein Recht mehr zur eigenen Entscheidung hat, womit auch die Aufklärung bei Gefahr des Eintritts eines schweren Schadens entfallen kann: (Vergleiche oben Seite 14)

"La liberté du malade a pour première limite la sauvegarde du malade lui même contre les désires et les volontés qui mettraient son intégrité corporelle en danger."

Eben diesem, im französischen Recht zugelassenen "Rechtsschutz" des Kranken "gegen sich selbst" wollen Ärzte und viele juristischen Autoren (vergleiche oben Seiten 2, 4, 52) auch in die deutsche Rechtsordnung Eingang verschaffen. Die französische Ärzteschaft greift darüber hinaus - diese Einschränkung der Selbstbestimmung ohne weiteres voraussetzend - die Entscheidungsbefugnis des Kranken auch dem Grunde nach an. Der unterschiedliche Anspruch der Ärzte beider Länder findet eine Erklärung in der abweichenden soziologischen Bedeutung des ärztlichen Standes (vergleiche oben Seiten 54 ff.).

Aber schon die rechtliche Einschränkung der Entscheidungsfreiheit des Kranken in Frankreich kann für das deutsche Recht nicht übernommen werden, denn dem zur freien Entscheidung angelegten Menschen muß die Möglichkeit ihrer Verwirklichung in der Selbstbestimmung in jedem Fall erhalten werden (vergleiche oben Seite 74 f.). 'Salus aegroti suprema lex' gilt eben nur, wenn der Patient die Heilung wünscht.

2. Wenn auch die abweichende französische Rechtsgutwertung nicht akzeptabel erscheint, so kann uns doch ein anderer maßgebender Gesichtspunkt des französischen Rechts weiterhelfen, nämlich der zentrale Gedanke der Betrachtung des Arztvertrages.

Die Forderung nach Ausnahmen vom Befragungs- und Aufklärungsgrundsatz wird in Deutschland im wesentlichen nicht damit begründet, daß der Patient bei großen Gefahren für Gesundheit und Leben nicht mehr selbst bestimmen dürfe, sondern damit, daß er von der Möglichkeit der Selbstbestimmung aufgrund seines Krankheitszustandes keinen Gebrauch machen könne und wolle. Nicht die zwangsweise Ausschaltung der Selbstbestimmung, sondern die freiwillige Zurückstellung durch den Patienten selbst, nicht Übergehung, sondern Ermittlung des im Vertrage dem Arzt gegenüber zum Ausdruck gebrachten Willens ist der Ansatzpunkt zur Lösung.

Die umfassende Entscheidungsfreiheit des Patienten betrifft nicht erst das Wie, sondern schon das Ob einer ausdrücklichen Selbstbestimmung im Einzelfall. Selbstbestimmung ist nicht Pflicht sondern verzichtbar, und verzichtet wird der

Patient auf die Befragung und Aufklärung unter Umständen zugunsten seines im Vertrage zum Ausdruck gebrachten Heilwunsches (vergleiche dazu oben Seiten 75 ff.).

Wenn, obwohl der Arztvertrag (- als Vertrag sui generis angesehen und ausgestaltet -) im Mittelpunkt aller Diskussion steht, in Frankreich der Frage nach dem Verzicht auf Selbstbestimmung und der Ermittlung des Patientenwillens nur wenig Beachtung geschenkt wird, so liegt dies nur daran, daß es wegen der Beschränkung der Selbstbestimmungsbefugnis in lebensbedrohlichen Fällen anders als im deutschen Recht auf eben diesen Willen nicht mehr ankommt.

Die Besinnung auf den Arztvertrag ist mehr als eine Konstruktionsverschiebung. Sie bedeutet ein Freimachen vom strafrechtlichen Abwehrdenken und ermöglicht endlich auch im deutschen Rechtsbereich als Kehrseite der "negativen Selbstbestimmung" - der Verteidigung der körperlichen Integrität -, den Willen des Patienten zur Heilung die "positive Selbstbestimmung" - in die Beurteilung mit einzubeziehen.

Wenn der Patient den Arzt zur bestmöglichen Heilung verpflichtet, so liegt auch darin eine beachtliche Selbstbestimmung, die eine heilungsschädliche Befragung und Aufklärung unter Umständen gerade ausschließen soll. Ob sich der Patient für einen umfassenden Heilauftrag entschieden oder ihn unter dem Vorbehalt einer jeweiligen Mitsprache im Einzelfall auch bei Gefährdung des Heilerfolges gestellt hat, muß durch Auslegung des Arztvertrages ermittelt werden (vergleiche oben Seite 65).

Die Entscheidung des Patienten kann nicht nachgeholt werden ohne daß sie zu einer Beeinträchtigung des Heilerfolges führt, da der Patient - auf die Wertung im konkreten Fall hin angesprochen - eben auf die Heilungsschädlichkeit der Aufklärung schließen muß. Da aber in der Regel gerade die Heilung im Mittelpunkt des Arztvertrages steht, muß - wenn keine ausdrückliche oder konkludente Entscheidung des Patienten zu ermitteln ist - über die ergänzende Vertragsauslegung die Wertung als zugunsten eines umfassenden Heilauftrages vorgenommen gelten. Maßgebend ist auch hier der - ausgelegte - Wille des Patienten (vergleiche oben Seiten 76, 77).

Gerade unter Beachtung der gesamten Selbstbestimmungsäußerungen des Patienten kann im Einzelfall eingeschränkte Befragung und Aufklärung geboten sein. Diese Einschränkung kann jedoch nicht aus einer Befugnis des Arztes gerechtfertigt werden, in "Fürsorge" für den Kranken die Grenzen der Aufklärung selbst zu bestimmen.

Echte Fürsorge würde vielmehr darin bestehen, dem Kranken eine wirkliche eigene Wertung zwischen Heilung und Selbstbestimmung zu ermöglichen, die nicht durch zu wenig Hinweise einerseits oder zu konkrete Befragung andererseits von vornherein in einem bestimmten Sinne entschieden wird. (vgl. dazu S. 76, insbes. Fußn. 3)

Denn wenn soziales Recht den sozial Ohnmächtigen schützen soll, dann darf es den Kranken gerade nicht ganz ausschalten, sondern muß im Gegenteil die Position des Patienten gegenüber dem aufgrund seines Wissens und der Situationsüberlegenheit "mächtigen" Arzt stützen.

Hat der Patient die Wertung zugunsten der Heilung vorgenommen, so kann die "Fürsorge" nur darin bestehen, ihn nicht entgegen seinem eigenen Wunsch zur Selbstbestimmung zu bewegen und damit wohlmöglich seine Heilung zu beeinträchtigen. Wenn der Patient andererseits Befragung und Aufklärung für jeden Fall eigens und ernsthaft verlangt, so muß man davon ausgehen, daß er als selbständig entscheidender Mensch keines Schutzes gegen sich selbst, keiner "Fürsorge" bedarf; er sorgt für sich selbst.

IV. Außer der "Entdeckung" des Vertragsgedankens verdanken wir dem französischen Recht einzelne weitere wertvolle Ansatzpunkte zum Ausgleich der Gegensätze:

1. Bei der Ersatzbestimmung in den Fällen tatsächlicher Entscheidungsunfähigkeit erscheint die französische Lösung, nach der der Arzt im Zusammenwirken mit dem "protecteur naturel" handelt, lebensnäher und sinnvoller als die des deutschen Rechts, nach der ein gesetzlicher Vertreter bestellt werden muß (vergleiche oben Seite 19).

2. Rein zivilrechtliche Bedeutung hat die Abgrenzung der übrigen Haftungsvoraussetzungen.

a. Mit der Bestätigung aus dem französischen Recht ist daran festzuhalten, daß nur der materielle, durch eigenmächtigen Eingriff verursachte Schaden ersatzfähig ist, nicht aber dem Patienten (über eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) ein Genußtuungsanspruch zusteht (vergleiche oben Seiten 82, 83).

b. Bei der Berechnung des Schadens sind - wie das französische Recht ebenfalls bestätigt - nach richtiger neuerer Lehre bereits zur Zeit der Verletzung angelegte Schadensursachen zu berücksichtigen, denn es handelt sich hierbei um wirkliche, nicht nur hypothetische Ursachen (vergleiche oben Seite 88 f.). Der im französischen Recht als auch für das Arzt-Patient-Verhältnis maßgeblich erkannte Gedanke der Schadenskompensation bedarf näherer Beachtung. Nicht jeder Nachteil eines überwiegend gelungenen Eingriffs ist ersatzfähiger Schaden (vergleiche oben Seite 89).

c. Besteht der Fehler des Arztes in mangelnder Befragung oder Aufklärung, so ist das schädigende Ereignis - wie das französische Recht in richtiger einheitlicher Betrachtungsweise erkennt - immer eine Unterlassung. Die Rechtswidrigkeit

wird also auch im deutschen Deliktsrecht nicht indiziert. Lediglich beim Eingriff gegen den aufgeklärten Willen des Patienten verletzt der Arzt durch positives Tun. Die an die Kausalität der Unterlassung zu stellenden Anforderungen sind jedoch in Frankreich beachtenswerterweise weniger streng als in Deutschland (vergleiche oben Seite 86).

d. Der Patient hat - mit den oben Seite 92 aufgezeigten Einschränkungen des deutschen Rechts - den vertrags- und deliktsrechtlichen Haftungstatbestand zu beweisen. Da es sich bei der behaupteten Verletzung durch mangelnde Befragung und Unterrichtung um eine Unterlassung handelt, muß er auch im deutschen Recht wie im französischen die Eigenmacht (also auch die Unwirksamkeit der Einwilligung mangels Aufklärung) dartun. Der Arzt ist demgegenüber für einen behaupteten Verzicht auf Selbstbestimmung beweispflichtig.

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

FRANZÖSISCHE AUTOREN:

- | | |
|--|--|
| Aubry-Rau | Cours de Droit Civil Français
4. Auflage, Paris 1936 bis 1959 |
| Beineix | La Charge de la Preuve de l'Exécution en
Matière de Responsabilité Contractuelle
in Rev. trim. 1938, 657 |
| Brunet | Anmerkung in JCP 1950 II 5716 |
| Célier | Anmerkung in JCP 1944 II 2565 |
| Colin-Capitant | Cours Élémentaire de Droit Civil Français
11. Auflage, 3. Bde., Paris ab 1947 |
| Colin-Capitant et
de la Morandièrre | Traité de Droit Civil
3 Bde., Paris ab 1957 |
| Coste | Anmerkung in JCP 1947 II 3374 |
| Dalloz | Nouveau Répertoire de Droit
Paris ab 1947 |
| Debois | Anmerkung in DP 1936 II 9 |
| Donnedieux de Vabres | Anmerkung in D 1944 J 54 |
| Duguit | Traité de Droit Constitutionnel
2. Auflage, Paris 1923 |
| Garraud et Laborde-Lacoste | Le Rôle de la Volonté du Médecin et du Patient
quant au Traitement Médical et à l'Intervention
Chirurgicale in Rev. gén. 1926, 129 und 193 |
| Gervésie | Anmerkung in D 1953 J 354 |
| Hélie | Droit Pénal
2 Bde., 5. Auflage, Paris 1948 |
| Kornprobst | Responsabilités du Médecin devant la Loi et la
Jurisprudence Française 1957 |
| Lalou | Anmerkung in DP 1914 II 73 |
| Lagrange | Anmerkung in DP 1948, 337 |

Loup	Anmerkung in D 1931 II 141
Malaurie	Ordre Public Artikel in Dalloz, Nouveau Répertoire
Mazeaud	Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile, Délictuelle et Contractuelle 3 Bde., 5. Auflage, Paris 1957
Mérignac	Anmerkung in D 1907 II 41
Mignon	Le Fondement Juridique de la Responsabilité des Médecins et Chirurgiens in D 1950 chron. 121
Nast	Anmerkung in D crit. 1941, 54
Nerson	Anmerkung in S 1953 II 41
Perrot	Anmerkung in JCP 1951 II 6421
Perreau	Eléments de Jurisprudence Médicale à l'Usage de Médecins Paris 1908
derselbe	Anmerkung in S 1918/19 II 97
Peytel	Anmerkung in Gaz. Pal. 1940 II doct. 48 und 63
Planiol	Anmerkung in DP 1896 II 457
Planiol et Ripert	Traité Pratique de Droit Civil Français 13 Bde., 2. Auflage, Paris ab 1952
Pharaon	La Responsabilité Civile du Médecin en Droit Français Thèse, Genève 1961
Portes	A la Recherche d'une Éthique Médicale Paris 1949
Rabut	Anmerkung in S 1946 II 121
Ripert	Les Forces Créatrices du Droit Paris 1955
Rouchy	Le Droit de Guérir Thèse, Paris 1935

DEUTSCHE AUTOREN:

Below	Der Arzt im römischen Recht München 1953
Bockelmann	Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht in NJW 1961, 945
Böhmer	Anmerkung in MDR 1959, 705
Blomeyer	Die Umkehr der Beweislast in AcP 158, 97
Cremer	Grundlagen der ärztlichen Rechts- und Berufskunde Stuttgart 1962
Coing	Grundzüge der Rechtsphilosophie Berlin 1950
Corpus Hippocraticus	Über Aufgaben und Pflichten des Arztes Bonn 1953
Ebermayer	Der Arzt im Recht Leipzig 1930
Endemann	Die Rechtswirkung der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten Berlin 1893
Engisch	Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation in Stich-Bauer, Fehler und Gefahren bei chirurgi- schen Operationen Bd. II, 4. Auflage, Jena 1958
derselbe	Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung in ZStW 58, 1
derselbe	Die rechtliche Beurteilung des ärztlichen Eingriffs unter besonderer Berücksichtigung des Suicid- patienten in 'Heidelberger Jahrbücher' 1960, 47
Eneccerus-Nipperdey	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 15. Auflage, Tübingen 1960

- Francke Ärztliche Anliegen und rechtliche Grenzen im
Unterbringungsrecht in NJW 1963, 376
- Friedrich Die Aufklärungspflicht des Arztes
in VersR 1954, 329 und 380
- Gebauer Zur Frage der Zulässigkeit ärztlicher Experimente
Wien 1949
- Geilen Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht
Bielefeld 1963
- Grünwald Die Aufklärungspflicht des Arztes
in ZStW 73, 5
- Heinitz Ärztliche Experimente am lebenden Menschen
in JR 1951, 333
- Hellwig Die Stellung des Arztes im bürgerlichen
Rechtsleben
Leipzig 1905
- Hippokrates siehe Corpus Hippocraticus
- Jaspers Von der Wahrheit
München 1947
- derselbe Philosophie und Welt
München 1963
- Kaufmann Zur rechtsphilosophischen Situation der Gegenwart
in JZ 1963, 137
- Kleinewefers Die Aufklärungspflicht des Arztes unter Berück-
sichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts-
hofes
in VersR 1962, 197
- König-Köstlin Haftpflicht des Arztes
Leipzig 1937
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts
Allgemeiner Teil
6. Auflage, München und Berlin 1963
2. Auflage, München und Berlin 1956
Besonderer Teil
5. Auflage, München und Berlin 1962

- | | |
|--------------|--|
| Larenz | Ursächlichkeit der Unterlassung
in NJW 1953, 686 |
| derselbe | Ergänzende Vertragsauslegung und
dispositives Recht
in NJW 1963, 737 |
| Lehmann | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs
12. Auflage, Berlin 1960 |
| Martin | Empfiehl sich eine gesetzliche Regelung der
Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht?
in DRiZ 1961, 297 |
| Maunz-Dürig | Kommentar zum Grundgesetz
München und Berlin 1961 |
| Meyer | Das ärztliche Vertragsverhältnis
Berlin 1905 |
| Mezger | Lehrbuch des Strafrechts
3. Auflage, München und Berlin 1949 |
| Müller | Behandlungsrecht des Arztes und ärztliche
Aufklärungspflicht in der Sicht des Arztes
und des Juristen
Teil B
in NJW 1956, 1099 |
| Neukirch | Anmerkung in NJW 1932, 3329 |
| Niederländer | Schadensersatz bei hypothetischen
Schadensereignissen
in AcP 153, 41 |
| Niese | Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff
in Festschrift für Eberhard Schmidt
Göttingen 1961, 364 |
| Nipperdey | siehe Enneccerus-Nipperdey |
| Perret | Arzthaftpflicht
München und Berlin 1956 |
| Petersen | Die Haftung des Arztes in der Rechtsprechung
des BGH
in DRiZ 1962, 194 und 233 |

Steindorff	Zur Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber Krebskranken in JZ 1960, 139
derselbe	Aufklärungs- und Fürsorgepflicht des Arztes in 'Die Therapiewoche' 1961, 11/12 B 8
Wiethaupt	Über das Arztrecht in JR 1953, 247
Weitenauer	Fragen der ärztlichen Verantwortlichkeit in zivilrechtlicher Sicht in DB 1961, Beilage No. 21
Ziegler	Die Aufklärungspflicht des Arztes Dissertation, München 1962
Zitelmann	Ausschluß der Widerrechtlichkeit Sonderdruck aus AcP Band 99, 1906

HINWEIS ZUR ZITIERWEISE:

Grundsätzlich ist nur der Name des Autors zitiert; soweit mehrere Werke eines Verfassers verwendet wurden, ist dem Namen ein kennzeichnendes Wort oder die Zeitschriftenfundstelle beigefügt.

Zu den Zeitschriftenzitaten siehe Angaben im Abkürzungsverzeichnis.

LEBENS LAUF

Am 8. 6. 1938 wurde ich als Tochter des damaligen Privatdozenten - jetzigen Leiters der Dudenredaktion des Bibliographischen Instituts Mannheim - Dr. Paul Grebe und seiner Ehefrau Waldtraut, geb. Leyendecker, in Marburg a. d. Lahn geboren.

1944 trat ich in die Südschule (Volksschule), 1948 in die Elisabethschule (Realgymnasium für Mädchen) in Marburg ein. Von 1949 bis zu meinem Abitur im Jahre 1957 besuchte ich die Helene-Lange-Schule (Realgymnasium für Mädchen) in Wiesbaden.

Anschließend studierte ich Rechtswissenschaften in Marburg und München. Hier legte ich am 15. 8. 1961 mein erstes juristisches Staatsexamen mit der Note gut (2, 70) ab und bin seither - auch nach meiner Heirat mit Herrn Hans-Georg Mähler am 24. 5. 1963 - als Rechtsreferendarin im bayerischen Staatsdienst tätig.

Zur Zeit der mündlichen Doktorprüfung war ich der Regierung von Oberbayern zur Ausbildung zugewiesen.

